

Les Index Economiques

dans les

Contrats Publics et Privés

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Le Mardi 15 Décembre 1942, à 14 heures

PAR

Roger BELIN

Diplômé de l'École Libre des Sciences Politiques

MEMBRES DU JURY :

Président : M. Achille MESTRE

Suffragants	{	MM. LAFERRIERE	}	Professeurs
		Joseph HAMEL		

♦♦♦

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU & C^o, Editeurs

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13 (v^o)

1942

UNIVERSITÉ DE PARIS -- FACULTÉ DE DROIT

Nom du Candidat : **BELIN**

Prénom : **Roger.**

Date de la soutenance : 15 décembre 1942, à 14 heures.

Numéro d'ordre :

(Ces deux mentions seront complétées par le service de la Bibliothèque).

BELIN (Roger)

Les index économiques
dans les contrats publics et
privés. — Rousseau et C^{ie},
1942, in-8°, 168 pages.

(Thèse Dr., Paris, 1942, n°)

BELIN (Roger)

Les index économiques
dans les contrats publics et
privés. — Rousseau et C^{ie},
1942, in-8°, 168 pages.

(Thèse Dr., Paris, 1942, n°)

BELIN (Roger)

Les index économiques
dans les contrats publics et
privés. — Rousseau et C^{ie},
1942, in-8°, 168 pages.

(Thèse Dr., Paris, 1942, n°)

BELIN (Roger)

Les index économiques
dans les contrats publics et
privés. — Rousseau et C^{ie},
1942, in-8°, 168 pages.

(Thèse Dr., Paris, 1942, n°)

Nom du Candidat : **BELLIN**

Prénoms : **Roger.**

Date de la soutenance : 15 décembre 1912, à 14 heures.

Numéro d'ordre :

(Les deux mentions seront complétées par le service de la Bibliothèque).

BELLIN (Roger)

Les index économiques
dans les contrats publics et
privés. — Roussseau et Co,
1912, in-8°, 168 pages.
(Thèse Dr., Paris, 1912, n°)

BELLIN (Roger)

Les index économiques
dans les contrats publics et
privés. — Roussseau et Co,
1912, in-8°, 168 pages.
(Thèse Dr., Paris, 1912, n°)

BELLIN (Roger)

Les index économiques
dans les contrats publics et
privés. — Roussseau et Co,
1912, in-8°, 168 pages.
(Thèse Dr., Paris, 1912, n°)

BELLIN (Roger)

Les index économiques
dans les contrats publics et
privés. — Roussseau et Co,
1912, in-8°, 168 pages.
(Thèse Dr., Paris, 1912, n°)

THÈSE
POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Les Index Economiques

dans les

Contrats Publics et Privés

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Le Mardi 15 Décembre 1942, à 14 heures

PAR

Roger BELIN

Diplômé de l'École Libre des Sciences Politiques

MEMBRES DU JURY :

Président: M. Achille MESTRE

Suffragants	{	MM. LAFERRIERE	}	Professeurs
		Joseph HAMEL		

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU & C^o, Editeurs

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13 (v^o)

1942

La Faculté n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

I

Généralités

Le rôle des contrats dans les relations humaines, malgré le développement de la réglementation étatique ou corporative, demeure considérable.

En droit privé, le contrat règle les rapports des individus entre eux : il fixe et détermine des droits et des obligations. En droit public, il apparaît comme un procédé secondaire utilisé par les diverses personnes publiques pour assurer la marche des services publics, soit que le contrat n'ait pour objet que de pourvoir aux besoins du service comme un marché de fournitures, soit au contraire qu'il constitue un mode de gestion du service public comme la concession.

Dans tous les cas, en droit privé comme en droit public, le contrat est un acte de prévision. Sauf dans les contrats à exécution immédiate, le contrat détermine les rapports des parties en cause pour l'avenir. Il entend régir le futur. Mais faire œuvre de prévision est devenu chose difficile alors que des bouleversements profonds transforment les conditions de la vie politique, économique et sociale et rendent vaines les plus sages prévisions humaines. Les modifications

que de tels événements peuvent entraîner, altèrent surtout les clauses financières des contrats.

Dans la plupart des contrats, celles-ci revêtent un aspect essentiel : elles traduisent un équilibre financier que les parties ont entendu réaliser lorsqu'elles s'engageaient et qu'elles désiraient maintenir durant toute l'exécution de la convention.

Les variations de la valeur de la monnaie, la hausse ou la baisse des prix provoquent la rupture de cet équilibre : elles modifient la situation de fait des parties au regard des obligations qu'elles ont contractées. Pour l'une d'elles, l'exécution du contrat devient une charge de plus en plus lourde alors que l'autre peut tenir ses engagements avec plus de facilité qu'elle ne pouvait le prévoir.

Or, un principe de notre Droit veut que le débiteur doit fournir l'objet de l'obligation déterminé par le contrat, même si les prestations qu'il doit effectuer n'ont plus la même valeur. En particulier, le prix prévu par les parties garde durant toute l'exécution du contrat un caractère de fixité absolue : l'obligation porte toujours sur la somme numérique énoncée au contrat.

En contractant, les parties supposent que pendant une certaine période il subsistera un certain état de fait et de droit dont le maintien est la condition même de l'équilibre financier qu'elles ont voulu réaliser. Les aléas doivent être supportés par les parties : celles-ci courent nécessairement certains risques. Les variations des prix constituent en principe un aléa du contrat.

Mais ces variations des prix peuvent prendre une telle amplitude que l'exécution des obligations des parties en soit rendue impossible ou, du moins, très difficile. Elles constituent alors des cas de force majeure ou d'imprévision.

Il est très rare cependant qu'une hausse anormale et excessive des prix puisse être considérée comme un cas de force majeure. En droit privé comme en droit public la force majeure s'analyse en un événement que les parties ne pouvaient ni prévoir, ni empêcher et qui crée un obstacle insurmontable à l'exécution du contrat. Une hausse des prix, envisagée isolément, ne revêt pas le caractère d'obstacle insurmontable qui libère le débiteur de son obligation et qui provoque la résolution du contrat : elle rend en effet plus onéreuse pour l'une des parties l'exécution de son obligation sans la rendre impossible ; elle n'est qu'un aléa du contrat que les parties doivent supporter.

Pourtant, en droit public, les nécessités du service public ont conduit la jurisprudence administrative à accorder une indemnité pour charges exceptionnelles et imprévisibles lorsque l'économie du contrat se trouvait bouleversée par des modifications imprévues de la situation économique et monétaire. La théorie de l'imprévision a été élaborée pendant la guerre de 1914-1918 lorsque la hausse considérable des prix, sans constituer une impossibilité matérielle d'exécuter le contrat, a rompu l'équilibre que les parties, en contractant, avaient eu l'intention de réaliser. Le fondement de cette théorie est propre au droit administratif ; il importe en effet que le service public fonctionne normalement, quelles que soient les circonstances extérieures, et qu'aucune interruption ne se produise. La continuité du service public s'impose de la façon la plus absolue. En cas de concession d'un service essentiel à la collectivité, en cas de marchés de fourniture ou de travaux publics dont l'exécution est une nécessité d'intérêt général, le maintien du contrat répond au bien du service. Or ce maintien n'est possible que si le juge se reconnaît le droit de réviser les

clauses du contrat. La jurisprudence du Conseil d'Etat peut se résumer de la manière suivante : lorsque les faits qui se rencontrent dans l'exécution d'un marché sont profondément différents de ceux qui avaient pu être prévus par les contractants, lorsqu'ils dépassent la « marge d'imprévisibilité » que les parties pouvaient et devaient normalement prévoir ; et lorsque les conséquences sont assez graves pour qu'on puisse dire que l'économie du contrat est bouleversée, l'entrepreneur ou le concessionnaire, s'il continue à exécuter, peut demander au juge l'allocation d'une indemnité qui compense les charges résultant pour lui de ces circonstances exceptionnelles et imprévisibles.

Ainsi la théorie de l'imprévision permet aux contractants d'adapter les clauses du contrat qui les lie aux conditions nouvelles de la vie économique. En droit privé, une telle faculté ne leur est pas accordée. Les tribunaux civils, en effet, se sont refusés à accorder une indemnité à raison d'événements imprévus. Dès lors les parties n'avaient pas d'autre alternative que d'exécuter leurs obligations ou d'obtenir du juge, si elles se trouvaient dans un cas de force majeure, la résolution du contrat. Cependant dans des hypothèses bien déterminées le législateur a prévu et permis la révision des prix ; en particulier la loi du 29 juin 1935 sur les fonds de commerce peut être citée en exemple.

Pour échapper aux conséquences des variations économiques, les parties ont cherché, au moment où elles contractaient, à se prémunir contre les mouvements anormaux des prix. Plusieurs procédés s'offraient à elles. Elles ont cherché tout d'abord à asseoir le contrat sur une monnaie étrangère, elles ont utilisé le paiement en marchandise. Plus généralement, elles ont inséré dans le contrat une clause d'index économique.

II

Définition des index

D'une façon très générale, l'index économique peut se définir comme un nombre caractérisant une situation économique donnée. Mais il convient de préciser cette définition lorsque l'index économique est utilisé dans un contrat. La clause d'index économique est une clause selon laquelle les prix inscrits au contrat varient en fonction d'un ou de plusieurs éléments choisis par les parties. Ceux-ci constituent l'index économique au sens strict, dont les variations ont pour effet de modifier les prix initialement fixés.

L'index économique ainsi entendu peut être d'une extrême simplicité : ce sera par exemple le prix de la tonne de houille ou le prix du quintal de blé.

Il peut comprendre plusieurs éléments : il sera par exemple la somme du prix de la tonne houille et du salaire horaire ; ces deux éléments étant affectés chacun de coefficients.

Les parties peuvent également choisir un indice général publié périodiquement par un organisme officiel, la Statistique générale de France, par exemple.

En même temps qu'il est fait choix d'un index, le contrat doit prévoir une relation entre l'index et les prix. Cette relation sera en général simple : les prix varieront proportionnellement aux variations de l'index. Elle sera plus complexe lorsqu'il sera prévu qu'à une variation donnée de l'index, s'ajoutera ou se retranchera du prix fixé à l'origine une quantité elle-même variable.

Si l'on adopte une notation mathématique, la clause d'index revêt la forme suivante :

$$P = f(I)$$

$$I = aA + bB + cC \dots\dots\dots$$

P étant le prix, I l'index, A, B, C étant les quantités choisies comme étalon de variation, le prix de la tonne de houille, du quintal de blé par exemple : a, b, c des coefficients choisis à l'avance.

Deux exemples permettront de montrer le jeu pratique des index.

1° Dans un bail rural, le fermage est fixé à 15.000 francs; il sera augmenté ou diminué proportionnellement aux fluctuations du cours du blé; celles-ci se définissent par le rapport du prix du quintal de blé à l'époque actuelle au prix dudit quintal au moment de la conclusion du contrat.

Le fermage se calculera par la formule suivante :

$$\text{Prix} = 15.000 \times \frac{Q}{75}$$

Q est le prix du quintal de blé au moment de la révision, 75 est le prix de base du quintal de blé au moment où les parties contractaient.

2° Dans le contrat relatif aux transports automobiles du département de la Lozère, figure la clause suivante : les tarifs prévus au contrat pourront être révisés chaque semestre pour tenir compte des variations des prix de l'essence et des pneumatiques.

Les variations des tarifs seront de 10 centimes par franc de variations de l'index dont la formule est :

$$I = 0,70 \text{ Pe} + \frac{\text{Ppn}}{1.000}$$

Pe est le prix du litre d'essence, Ppn est le prix de cinq pneumatiques d'une marque déterminée.

III

Historique

L'apparition des index économiques dans les contrats publics et privés, est récente ; elle montre le souci qu'ont les contractants de se prémunir autant que possible contre les bouleversements économiques et sociaux.

Aux ^{xvi}^e et ^{xvii}^e siècles, les parties, dans les baux ruraux notamment, fixaient très généralement des fermages en denrées ; mais, ce faisant, elles ne cherchaient pas à échapper aux modifications de la valeur de la monnaie. Des contrats de cette sorte traduisent seulement la rareté du numéraire.

Avec le ^{xviii}^e siècle, l'amélioration de la vie économique, le développement des échanges et l'abondance, relative d'ailleurs, des instruments monétaires, ont pour effet de restreindre l'usage des clauses de fermage en denrées. Désormais, les parties tendent à stipuler un prix fixé et non sujet à variations ou à révision.

La Révolution marque au contraire le retour aux paiements en deniers ; la raison doit en être recherchée dans l'incertitude politique de l'époque.

Les individus ont le désir d'échapper aux conséquences économiques et sociales de la hausse des prix. Les paiements en denrées se multiplient dans les contrats relatifs aux baux ruraux.

Ils s'étendent même à d'autres domaines : c'est ainsi que la Constitution du 5 Fructidor de l'An III fixe dans son

article 62, l'indemnité législative à 3.000 myriagrammes de froment.

Le xix^e siècle se caractérise par des troubles à la fois moins profonds et moins subits. Les transformations économiques, monétaires et sociales se font plus lentement et de façon plus continue. Tout naturellement le paiement en espèce devient la règle générale ; les prix prévus dans les contrats sont fixés *ne varietur*. Les clauses de révision sont tout à fait exceptionnelles. Les parties doivent supporter tous les aléas du contrat.

Pourtant, dès la fin du xix^e siècle, l'état des esprits se modifie : le principe de l'immutabilité des contrats n'a plus la même force. La liberté contractuelle s'amenuise en même temps que s'affaiblit le respect du contrat. Les individus, lorsqu'ils s'engagent pour une longue période, supportent malaisément les aléas que les bouleversements économiques et sociaux qui s'annoncent, font courir à leurs obligations. L'intervention croissante du législateur dans les rapports contractuels et, en particulier, dans le contrat de travail, crée une incertitude nouvelle.

Aussi, les parties cherchent-elles à prévoir dans leur contrat des clauses de révision. C'est ainsi que dans les marchés de travaux publics la réglementation des conditions du travail a eu pour contrepartie la possibilité d'une révision des prix.

Le cahier des clauses et conditions générales des Ponts et Chaussées, dans sa rédaction de 1892, ne prévoyait qu'une résiliation sans indemnité en cas de hausse des prix (art. 33). A la suite des décrets Millerand de 1899, l'article 33 est modifié, il prévoit la révision des prix pour une hausse des salaires. En 1910, la formule devient plus générale : ce n'est plus seulement une hausse des salaires qui

est prise en considération, c'est l'augmentation des prix qui peut provoquer la révision du marché. L'article 33 porte en effet que : « Si les prix subissent une augmentation telle que la dépense totale des travaux restant à exécuter se trouve augmentée d'une fraction inférieure ou égale au $1/10^e$, il n'y a pas d'indemnité. Si l'augmentation est comprise entre le $1/10^e$ et le $1/6^e$, la moitié de l'excédent au-dessus du $1/10^e$ est prise en charge par l'administration et les prix sont révisés. Si l'augmentation dépasse le $1/6^e$, l'entrepreneur a droit à la résiliation avec indemnité.

Sans doute cet article ne contient pas une clause d'index économique au sens strict. Mais le principe est le même : les prix inscrits au marché doivent suivre les variations des conditions économiques et sociales.

Si des clauses de révision sont apparues nécessaires pour les marchés de travaux publics, elles s'imposaient à plus forte raison dans les concessions de services publics. Celles-ci sont en effet de longue durée ; elles supposent, en général, des installations matérielles importantes qui doivent être amorties à l'expiration du contrat. Elles doivent comporter un équilibre financier durable, tel que le concessionnaire puisse rester intéressé à l'exploitation. Les tarifs fixés par le cahier des charges et que le concessionnaire est autorisé à percevoir sur les usagers, doivent couvrir l'ensemble des charges de l'entreprise : l'intérêt et l'amortissement des capitaux, l'entretien et le renouvellement du matériel, les matières premières, les salaires, les frais d'exploitation. Ils doivent laisser également à l'exploitant un bénéfice normal et permettre le versement d'une redevance à la collectivité concédante.

L'équilibre financier de la concession exige donc une corrélation entre les tarifs et les charges de l'entreprise. Or,

au xix^e siècle, dans la plupart des contrats, ces tarifs étaient fixés *ne varietur*. Une telle solution ne pouvait être admissible que dans une période calme alors que les dépenses de l'entreprise ne subissaient pas de fortes variations. Lorsqu'au contraire les conditions économiques deviennent instables, l'importance des charges de l'exploitation devient difficile à prévoir ; la fixité des tarifs présente des inconvénients sérieux ; que les dépenses viennent à augmenter, le concessionnaire, s'il n'obtient pas de son concédant une révision amiable des tarifs, aura tendance à assurer de façon insuffisante son exploitation ou même à la suspendre. De plus, pour se prémunir contre de telles hypothèses, il cherchera, en contractant, à obtenir des tarifs élevés permettant d'avoir une marge importante qui lui permette de supporter un accroissement des frais d'exploitation. Pour éviter ces conséquences, dès avant 1914, des clauses d'index économique très simples avaient été introduites dans certains contrats de concession. En particulier quelques cahiers des charges de concessions de distribution d'électricité contenaient, à l'article 11, des dispositions relatives à la variation des prix de vente du courant d'après le cours du charbon.

La guerre de 1914, en provoquant une hausse considérable des prix, a détruit l'équilibre financier de la plupart des concessions. La jurisprudence du Conseil d'Etat a permis d'échapper aux graves inconvénients qu'une telle situation pouvait entraîner dans la bonne marche des services publics : par la théorie de l'imprévision, il donne au juge du contrat le pouvoir d'accorder une indemnité qui permette au concessionnaire de supporter les charges résultant des conditions nouvelles. Le concédant est ainsi incité à relever les tarifs. Ses principes ainsi dégagés ont eu une influence notable sur la rédaction des contrats : les parties

ont prévu des tarifs variables au moyen de clauses d'index économique. Celles-ci, très fréquentes dans les contrats de concession, se rencontrent également dans certains marchés de travaux publics et de fournitures dont l'exécution dure un certain temps. Leur utilité est restée grande dans la période qui a suivi la guerre par suite des mouvements imprévus des prix. La clause d'index n'a pas joué seulement en faveur du concédant ; dans les années de crise économique et de déflation, les usagers des services publics ont profité du jeu normal des index.

En droit privé, l'introduction des clauses d'index a eu les mêmes causes. A la suite de la guerre de 1914-1918, de très nombreux baux ruraux ont prévu des fermages variables en fonction du prix d'une ou de plusieurs denrées agricoles. Plus généralement, les contractants qui voulaient se prémunir contre une chute de la valeur de la monnaie ont cherché à utiliser un index : la clause-or ou valeur-or ayant été déclarée nulle par une jurisprudence extrêmement ferme, les parties ont eu recours à divers procédés, pour permettre de reviser automatiquement les prix initialement prévus.

La situation présente, dominée par des troubles d'ordre économique et monétaire, ne peut qu'accroître le rôle des index dans les contrats publics et privés. Il convient toutefois de remarquer dès maintenant que la politique de blocage des prix conduit, dans certains cas, à suspendre le jeu normal de l'index : c'est ainsi que les tarifs des services publics concédés sont demeurés en général inchangés alors que l'application des clauses d'index devraient provoquer leur relèvement.

IV

Leur champ d'application

De façon générale, les clauses d'index conviennent à des contrats présentant les caractères suivants : ce sont des contrats synallagmatiques dont l'exécution se poursuit pendant une certaine période et qui comportent des prestations régulières et successives.

En droit public, la concession de service public est le type même du contrat pour lequel un index apparaît nécessaire. L'index ne vise pas en général les rapports financiers du concédant et du concessionnaire, il n'a d'effets que dans les rapports de l'exploitant et des usagers : il commande les tarifs.

Tous les cahiers des charges des concessions de distribution d'énergie électrique contiennent, depuis la loi du 27 février 1925, une clause d'index économique. Le cahier des charges-type prévoit une révision des tarifs ; lorsque l'index économique varie d'une certaine quantité, un terme correctif est ajouté ou retranché du tarif de base fixé initialement.

Une disposition analogue se trouve dans la loi du 21 août 1923 relative aux transports automobiles. L'article 4 porte que le contrat déterminera suivant quelles règles pourront être révisés en cours d'entreprise, les tarifs et le maximum des subventions kilométriques de manière à tenir compte des variations du prix de la main-d'œuvre et des matières premières entrant dans la composition du prix de revient du kilomètre-voiture.

Un certain nombre d'autres contrats de concession contiennent également des clauses d'index économique :

celles-ci sont fréquentes dans les concessions de gaz et dans les concessions de voies ferrées d'intérêt local. Le domaine de l'index n'est pas d'ailleurs limité à la concession : il s'étend, plus rarement il est vrai, aux marchés de fournitures et de travaux publics.

En droit privé, les baux font des applications nombreuses de clauses d'index ou semblables aux index : celles-ci sont surtout contenues dans les baux ruraux. Il est certain en effet que la valeur réelle du fermage pour le fermier dépend de la valeur des produits qu'il tire de son exploitation. Si les prix agricoles s'élèvent, l'exploitant pourra supporter aisément une augmentation du fermage. Qu'ils viennent à s'abaisser, il aura intérêt à ce que le fermage diminue également. Le propriétaire qui immobilise un capital immobilier pour une longue durée craint la fixité du prix ; il redoute en effet, plus une baisse de la valeur de la monnaie, qu'une chute des prix agricoles : il réclamera donc l'introduction d'un système d'index plus ou moins simple. Cette pratique est courante : en 1925, M. Joseph Hitier estimait que 85 % des baux ruraux contenaient des stipulations relatives à la variation des prix prévus au bail.

En matière de baux à loyer, les clauses d'index sont moins employées : cela tient sans doute à ce que le locataire, contrairement au fermier, n'exploite pas l'immeuble ; il n'en tire en général aucun revenu en argent. Cependant les baux des locaux à usage d'habitation ou à usage professionnel offrent d'intéressants exemples d'application d'index.

Les rapports entre patrons et ouvriers donnent parfois lieu à des systèmes d'échelles mobiles : de telles clauses présentent des avantages très sérieux ; la révision des salaires devient automatique, elle n'est plus en principe une

cause de conflit. Elle ne nécessite pas l'intervention de la puissance publique pour adapter le salaire au coût de la vie. Depuis 1919, certaines conventions collectives ont eu recours à des clauses organisant le rajustement des salaires en fonctions des indices du coût de la vie. Elles sont nombreuses dans l'imprimerie. D'ailleurs la loi du 4 mars 1938 relative à la conciliation et à l'arbitrage a fait application de ces principes : elle a prévu dans son article 10 que les procédures de conciliation et d'arbitrage s'appliquaient en cas de variation notable du coût de la vie. La demande en révision des salaires est recevable si la variation accusée par l'indice officiel du coût de la vie est d'au moins 5 % par comparaison avec l'indice arrêté à la date la plus voisine de celle où ont été fixés les salaires en cause. « Les arbitres ou le surarbitre doivent proportionner les salaires à la variation constatée du coût de la vie, à moins que ne soit apportée la preuve que cet ajustement est incompatible avec les conditions économiques de la branche locale, régionale ou nationale d'activité économique pour laquelle a été formulée la demande d'ajustement. »

Le champ d'application des clauses d'index apparaît ainsi comme assez étendu : leur emploi est-il susceptible de se développer ? La réponse à cette question n'est pas simple : l'utilisation des index dépend en effet de plusieurs facteurs qui ne jouent pas tous dans le même sens. D'une part, il paraît certain que dans les circonstances présentes, les parties ont tendance, lorsqu'elles s'engagent pour une longue période, à se prémunir contre les variations des prix et les bouleversements économiques et monétaires qui menacent le pays. Mais, d'autre part, le développement des clauses d'index suppose le maintien de la liberté contractuelle. Or celle-ci se restreint chaque jour : de plus en plus les rap-

ports individuels sont réglés non par des contrats mais par l'intervention d'autorités administratives ou professionnelles. Dans la mesure où le contrat demeure, son contenu s'amenuise et l'introduction de clauses relatives au prix se heurte chaque jour davantage à la réglementation étatique et corporative.

C'est ainsi que pour les concessions de service public, le jeu des index économiques se trouve actuellement suspendu en fait. En droit privé, la législation sur les loyers limite la liberté des parties dans la fixation du prix et empêche l'application de clauses d'index. En droit social, les pouvoirs publics ont de plus en plus la maîtrise des salaires : ils en fixent le minimum et ils les bloquent à des taux déterminés. La réglementation des salaires perd son caractère contractuel : les clauses d'index deviennent inapplicables dès lors que les variations du taux des salaires sont déterminées par le Gouvernement en fonction non seulement du coût de la vie, mais aussi en tenant compte de considérations de politique économique et sociale.

Il convient de remarquer en outre que l'application des clauses d'index peut donner lieu à des mécomptes si la rédaction de la clause a été imparfaite ou si le choix de l'index a été mauvais : or les parties et les praticiens qui les conseillent, connaissent mal la technique des index et redoutent leur complexité. C'est là un facteur d'ordre à la fois psychologique et pratique qui, dans une certaine mesure, limite le domaine des clauses d'index.

PREMIERE PARTIE

Problèmes juridiques soulevés par les index

Les clauses d'index économique, envisagées au point de vue juridique, sont d'ordre contractuel. Aussi les problèmes qu'elles soulèvent ne peuvent-ils être résolus que par application des principes généraux qui régissent les contrats en droit public et en droit privé.

Ceux-ci dominant à la fois les deux questions essentielles relatives aux index : leur validité d'une part, leurs effets juridiques d'autre part.

Ces deux questions seront étudiées dans deux chapitres.

CHAPITRE PREMIER.

LEUR VALIDITÉ

Le problème de la validité des index économiques ne se pose qu'en droit privé.

En droit public, en effet, l'introduction de clauses d'index n'a jamais soulevé de difficultés quant à leur validité : les contrats de droit public n'obéissent pas aux règles du Code civil. Si les principes qui les régissent s'inspirent des principes de droit privé, ils peuvent contenir — et ils contiennent en général — des clauses exorbitantes du droit commun. Ils s'exécutent suivant des règles particulières qui déterminent et leur régime financier et les prérogatives de l'administration. Aussi n'est-il pas douteux qu'une clause d'index dans un contrat de droit public est absolument licite. D'ailleurs des textes spéciaux ont non seulement autorisé les index, mais ils en ont prescrit l'introduction : notamment la loi du 21 août 1923 relative aux transports automobiles départementaux et la loi du 27 février 1925 sur le régime des distributions d'énergie électrique.

En droit privé, la validité d'une clause d'index peut être contestée : l'index économique pourrait apparaître, tout d'abord, comme contraire aux principes généraux du droit contractuel.

Il se présente ensuite comme un succédané de la clause-or ou valeur-or qu'une jurisprudence bien établie a nettement déclarée contraire à l'ordre public. Mais en définitive, la jurisprudence et la législation ont reconnu nettement sa validité.

I

L'INDEX ÉCONOMIQUE ET LES PRINCIPES GÉNÉRAUX
DU DROIT DES CONTRATS

Le principe de l'immutabilité des contrats est fondamental dans notre droit. Les tribunaux judiciaires se sont toujours refusés à réviser les obligations des parties. Ils peuvent accorder des délais, prononcer s'il y a lieu la résolution du contrat avec ou sans indemnité, mais ils ne peuvent pas refaire le contrat.

Cette doctrine n'a pas toujours été admise sans réserve. Au moyen âge, les économistes qui condamnaient tout enrichissement de l'un des contractants aux dépens de l'autre, considéraient qu'une clause *sic rebus stantibus* était sous-entendue dans le contrat. Invoquée en droit international par Grotius et Puffendorf, la théorie de la clause *sic rebus stantibus* n'a reçu en France que peu d'applications. Si quelques arrêts des parlements (Arrêt du Parlement de Grenoble du 2 mars 1634) ont paru l'admettre, les grands auteurs du xvii^e et du xviii^e siècles ne l'ont pas retenue. Elle succombe au xix^e siècle de façon définitive devant la doctrine de l'autonomie de la volonté. Dans l'affaire du canal de Craponne, où l'on demandait l'élévation d'une redevance pour l'entretien de canaux d'irrigation qui avait été fixée au xvi^e siècle, la Cour de Cassation a déclaré que les tribunaux, même dans les contrats à exé-

cution successive, ne peuvent prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties (Cass., 6 mars 1876, D. 76.1.193). Par la suite et dans les hypothèses les plus variées, la jurisprudence civile a été imbue de cette idée qu'il n'appartient pas aux tribunaux de réviser les conditions du contrat. Le Conseil d'Etat, au contraire, dès avant la guerre de 1914-1918, a eu une attitude beaucoup moins rigoureuse. Il a admis en matière de marchés de travaux publics que des difficultés imprévues d'exécution pouvaient non seulement constituer un cas de force majeure de nature à provoquer la résolution du contrat, mais également permettre au juge de réviser les conditions du contrat. Les bouleversements économiques nés de la guerre ont donné à la théorie de l'imprévision en droit administratif une place importante, alors qu'en droit privé les tribunaux de l'ordre judiciaire ne modifiaient pas leur attitude traditionnelle. Il a fallu des textes spéciaux, comme la loi Falliot de 1918 ou la loi du 29 juin 1935 relative au fonds de commerce, pour autoriser le juge à réviser les conditions des contrats. En dehors de ces cas nettement définis par le législateur, les tribunaux maintiennent le principe de l'autonomie de la volonté avec les conséquences qui en découlent. Comme la jurisprudence, la doctrine, dans son ensemble, affirme l'intangibilité du contrat pour le juge : si celui-ci peut le résoudre, s'il peut en suspendre l'exécution en tout ou partie, il ne peut aller plus loin et refaire le contrat.

Ces principes jurisprudentiels font-ils obstacle à ce que les parties introduisent dans leur contrat une clause d'index ? Il n'en est rien. Il est possible de prévoir l'adaptation des contrats à des conditions économiques nouvelles.

La clause d'index écarte en effet l'intervention du juge :

ce sont les contractants eux-mêmes qui déterminent d'avance les modalités de la révision des contrats.

Aux termes de l'article 1134 du Code civil, « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

Le droit que crée la convention a donc la même force que la loi, avec cette différence que la loi s'impose à tous, tandis que la convention ne s'impose qu'aux parties contractantes. Une partie ne peut prétendre à elle seule à se dégager de son obligation : il faudrait le *mutuus consensus* pour défaire l'œuvre du *mutuus consensus* ; un événement quelconque survenant après la signature du contrat et en cours d'exécution, n'entraîne pas la révision des clauses, à moins qu'il ne constitue un cas fortuit ou de force majeure qui libère le débiteur. La variation des prix provoqués par le jeu d'un index économique ne modifie pas les clauses initiales : la révision des conditions primitives a été en effet déterminée par les parties. Elle n'est que l'application d'une clause d'index, clause contractuelle, sur laquelle les parties se sont mises d'accord lorsqu'elles s'engageaient l'une envers l'autre et dont elles acceptaient à l'avance la mise en œuvre dans les conditions qu'elles avaient prévues.

La clause d'index économique paraît donc conforme aux principes généraux qui régissent le droit des contrats : elle ne heurte pas non plus, quelles que puissent être les apparences, la nature profonde du contrat. Selon l'expression de M. Ripert (Ripert : *La règle morale dans les obligations*), « contracter c'est prévoir ». Le contrat, lorsqu'il prévoit des livraisons de marchandises ou des prestations de service, assure à un créancier une situation future déterminée

et le garantit contre les circonstances qui s'opposeraient à sa satisfaction.

Tout contrat, fait remarquer M. Ripert, contient une idée d'assurance, et il ajoute : « Quand un industriel s'assure pour plusieurs années la quantité de charbon nécessaire à son usine pour un prix déterminé, il ne sait quelles seront dans l'avenir les difficultés de l'approvisionnement ou les fluctuations du marché, mais il veut pouvoir régler en toute hypothèse sa production et fixer le prix de ses produits. Si une guerre vient bouleverser le prix des charbons, on ne peut lui dire que cet événement n'était pas entré dans ses prévisions, puisque le contrat passé pour plusieurs années avait justement pour but de ne pas faire dépendre le prix des fluctuations postérieures du marché. »

La clause d'index ne retire pas du contrat l'idée d'assurance qui y est contenue. Lorsque dans un bail, il a été convenu que le fermage varierait en proportion du prix du quintal de blé, le bailleur se garantit contre une dépréciation de la monnaie tout en acceptant le risque d'une chute du prix du blé. De son côté, le fermier se prémunit contre la baisse du blé, puisque son fermage diminuera en même temps que le produit de son exploitation.

D'ailleurs, une clause d'index ne saurait garantir les deux contractants contre tous les risques qui peuvent résulter pour eux des variations économiques : il n'est pas possible d'établir un index économique tel que l'adaptation du contrat à des circonstances nouvelles soit parfaite. Quel que soit le soin que les contractants mettent à la détermination de l'index, celui-ci ne réalise qu'une révision limitée des conditions du contrat : la corrélation entre les variations des prix et les mouvements économiques n'est qu'approximative. La situation respective des contractants ne demeure

pas inchangée malgré le jeu de l'index ; l'un d'eux profite dans une certaine mesure des modifications des circonstances économiques ou monétaires. L'aléa que tout contrat comporte subsiste : il devient seulement plus faible.

La clause d'index paraît également se rattacher à un concept plus général. en contractant, les parties ont voulu réaliser une certaine équivalence entre les prestations. Ils entendent la maintenir au cours de l'exécution du contrat et, à cet effet, ils introduisent une clause d'index dont le jeu a pour résultat la conservation de l'équilibre initialement prévu.

En l'absence d'une clause d'index, la rupture de l'équivalence idéale qui aurait été obtenue lors de la conclusion du contrat, est une chose fatale si l'exécution des obligations s'étend sur une longue période. Les crises économiques et les bouleversements monétaires rendent très grave le déséquilibre du contrat. Son exécution devient alors pour l'une des parties, tellement désavantageuse qu'il en résulte pour le débiteur une véritable injustice. Celui-ci se trouve placé dans une situation qu'il n'avait pas prévue et qui est contraire à l'équité. N'est-il pas légitime que les parties cherchent à l'avance à maintenir en toutes circonstances l'équilibre de leurs prestations ? Elles ne font aucun appel au juge dont l'intervention en ce domaine présenterait des inconvénients sérieux et auquel la jurisprudence n'a pas reconnu le droit de réviser les contrats. Elles déterminent librement le contenu du contrat. Elles sont libres d'en fixer les conditions d'exécution.

Ainsi les clauses d'index économique ne sont pas contraires aux principes généraux du droit contractuel : elles apparaissent comme une application du principe de l'autonomie de la volonté que le Code Civil a consacré de la façon la plus

nette dans l'article 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

Mais le droit pour les contractants d'introduire librement des clauses de leur choix dans les contrats qu'ils passent est limité par la notion d'ordre public. Le Code Civil défend de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Il annule les contrats qui ont un objet hors du commerce ou une cause immorale ou illicite (art. 1128, 1123, 1131, 1133).

Le problème se pose donc de savoir si une clause d'index n'est pas contraire à l'ordre public. Il a été soulevé par suite de la nullité affirmée avec force par la jurisprudence des clauses-or ou valeur-or : les clauses d'index sont en effet apparues à bien des égards comme des modalités de la clause-or, tendant au même but que celle-ci. Certains tribunaux, frappés de cette identité, les ont déclarées nulles comme contraires à l'ordre public monétaire, résultant des lois établissant le cours forcé.

II

LES CLAUSES D'INDEX ET LES CLAUSES-OR

Il n'est pas contestable que les parties ont le droit de fixer dans leurs contrats les modalités du paiement : elles peuvent prévoir un paiement en deniers ou en marchandises. L'obligation du débiteur peut consister en une prestation quelconque de choses ou de services : tel est le principe reconnu par la jurisprudence et établi par la doctrine et les textes.

Les clauses relatives au mode de paiement, rares dans les contrats antérieurs à 1914, se sont multipliées à la suite de la dépréciation monétaire qui a suivi la guerre. L'insta-

bilité des changes et de la monnaie, l'incertitude économique créent le besoin général chez ceux qui s'engagent dans des conventions à long terme, comme les baux, de s'entourer des garanties nécessaires pour maintenir la valeur des prestations prévues. Les stipulations relatives au prix n'apparaissent dans l'intention des parties que comme un moyen de garantie. Elles ont pour effet de faire tenir le rôle de monnaie de compte par autre chose que la monnaie légale alors même que celle-ci resterait la monnaie de paiement employée.

Il convient de replacer les clauses d'index ou d'échelle mobile utilisée en droit privé dans leur cadre chronologique. A la suite de la guerre, la jurisprudence a maintenu avec la plus grande fermeté le principe de la nullité de la clause-or affirmée par l'arrêt de la Chambre Civile du 11 février 1873 (D.P. 73-1-77). La nullité a frappé également toutes les clauses qui présentaient avec la clause-or des analogies : la clause de paiement en valeur-or, la clause de paiement en monnaie étrangère, la clause de paiement en coupons de rente 4 % à garantie de change ont été ainsi déclarées nulles.

En présence de l'attitude de la jurisprudence, et toujours désireuses de se prémunir contre l'instabilité de la monnaie et des prix, les parties se sont tournées vers des clauses d'index. En général elles utilisaient comme index ou comme échelle mobile les indices des prix de gros ou de détail. Dans les baux ruraux, elles revenaient d'abord à des clauses simples de paiement en denrées ou marchandises et de plus en plus elles adoptaient des clauses d'index sur la base d'une ou de plusieurs denrées produites par la ferme.

Ainsi, en droit privé, les clauses d'index par l'époque

même où elles se sont développées sont apparues comme des succédanés de la clause-or.

Cela a contribué à les rendre suspectes à la jurisprudence et certains tribunaux en ont prononcé la nullité.

Il est nécessaire pour apprécier la valeur des critiques dirigées contre elles de rappeler brièvement l'accueil qui fut réservé à leurs devancières les clauses du type clause-or.

La question du paiement en or se pose tout d'abord en dehors des périodes de cours forcé : elle se rattache à un problème plus général dont l'énoncé est le suivant : est-il licite dans notre droit d'effectuer un paiement autrement qu'en monnaie légale ou de stipuler, s'il existe plusieurs monnaies légales, que l'une d'elles à l'exclusion des autres devra servir au paiement ?

La réponse est affirmative alors même que les billets de banque auraient cours légal. En effet d'une part il n'existe pas en droit français de prohibition de paiement en marchandises et il semble qu'un métal même s'il possède une fonction monétaire peut servir à effectuer un paiement si les parties l'ont convenu. D'autre part elles peuvent parfaitement stipuler que le paiement se fera en espèces métalliques au lieu de billets de banque. D'ailleurs dans un régime monétaire où les billets sont à tout instant convertibles en or la question n'a que peu d'intérêt pratique.

Il en est autrement sous un régime de cours forcé, tel que celui qui a été instauré en France par les lois du 12 août 1870, du 6 août 1914 et 1^{er} octobre 1936.

L'arrêt fondamental en la matière est un arrêt de la Cour de Cassation (Ch. Civile) en date du 11 février 1873 (S. 73-1-97) : il repousse comme illicite toute clause stipulant le paiement en monnaie métallique même si cette clause a été insérée avant l'instauration du cours forcé ; dès l'ins-

tant où le législateur a établi le cours forcé, et aussi longtemps que cette mesure est maintenue, la clause de paiement en or cesse d'être exécutoire. Suivant la Cour de Cassation le cours forcé est par essence d'ordre public, et les particuliers ne peuvent à l'avance se soustraire à son application.

Lorsque la guerre de 1914 souleva à nouveau la question, les tribunaux maintiennent fermement la solution de la nullité. Mais l'argumentation se précise : la jurisprudence se fonde sur la coexistence du cours légal et du cours forcé ; il résulte des dispositions conjointes relatives au cours légal et au cours forcé, que le billet de la Banque de France devient une monnaie fiduciaire dont la valeur libératoire doit être obligatoirement admise dans tous les paiements effectués en France. Cette argumentation est loin d'être sans réplique et MM. Mestre et James l'ont réfuté de façon rigoureuse (1).

En réalité le but poursuivi par les tribunaux a été de maintenir l'unité du franc à travers les divers types de monnaie ; et c'est pourquoi en même temps qu'elle prohibe la clause-or, la jurisprudence prohibe également la clause valeur-or : elle n'admet pas que les parties puissent stipuler que le paiement sera fait en tenant compte de la dépréciation du billet par rapport à l'or ou par rapport à une autre monnaie étrangère. Les motifs de cette jurisprudence paraissent les suivants :

En premier lieu la clause-or ou valeur-or ne paraît pas conforme à notre droit monétaire : incontestablement celui-ci exclut un dédoublement monétaire.

La loi du 11 germinal an XI et l'article 475 du C. Pénal qui punit ceux qui auraient refusé des espèces et monnaies

(1) MESTRE et JAMES, *La clause-or en droit français*, p. 130.

nationales selon la valeur pour laquelle elles ont cours, marquent de façon certaine le principe de l'unité et de l'identité du franc par rapport à lui-même en toute éventualité.

Au reste, le Code Civil contient une disposition qui traduit la tendance de notre droit monétaire au nominalisme ; l'article 1895 stipule en effet que « l'obligation qui résulte d'un prêt d'argent n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat ». Cet article ajoute que « s'il y a eu augmentation ou diminution d'espèce, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours légal au moment du paiement ». Ainsi le législateur ne permet pas de tenir compte dans les transactions intérieures de la perte au change que peut subir la monnaie (1).

En second lieu la généralisation des clauses-or ou valeur-or accentuerait la dépréciation de la monnaie. En rendant évidente à tous la dépréciation subie, la clause-or achèverait de supprimer la confiance dans le papier monnaie, amènerait tous les particuliers à se couvrir d'avance contre la dépréciation probable, accroîtrait les besoins de change et aggraverait la chute des billets.

Mais quel que soit le souci des tribunaux de maintenir l'unité de la monnaie, la jurisprudence a reconnu qu'il n'y a rien d'illicite en soi à se prémunir contre la baisse de la valeur de la monnaie. Un arrêt de la Cour de Cassation du 23 janvier 1924 (Cass. Civ. : 23 janvier 1924. D. 1324.141), reconnaît expressément que la préoccupation qu'ont les parties de se protéger contre les variations monétaires est entièrement légitime : il appartient au créancier d'éviter par des

(1) Par contre, l'article 143 du Code de Commerce a été invoqué en faveur de la clause-or (en ce sens : MESTRE et JAMES, *op. cit.*, p. 126).

clauses appropriées le préjudice qui pourrait résulter pour lui de la dépréciation éventuelle de la monnaie. Mais la jurisprudence n'admettra pas des clauses qui par leur objet ou par leur esprit se rapprocheraient trop des clauses-or.

C'est ainsi que la jurisprudence a été d'une grande sévérité pour les succédanés des clauses-or. La Cour de Cassation a prononcé de façon formelle la nullité des clauses relatives au paiement en monnaie étrangère (Civil : 17 mai 1927 - D. 28.1.25). De même la jurisprudence a considéré que les clauses de paiement en coupons de rente à garantie de change étaient contraires à l'ordre public (Paris, 24 déc. 1925 - D. 1326-2-89) ; c'est qu'en effet le montant du coupon est lié au cours d'une monnaie étrangère : par suite, la clause aboutit au même résultat que si le paiement avait été stipulé en monnaies étrangères. Elle en encourage donc la fuite devant le billet de banque.

La prohibition des clauses du type de la clause-or devait-elle s'étendre aux clauses d'index économique ? Si dans son ensemble la doctrine s'est montrée favorable à ces clauses, les tribunaux ont montré plus d'hésitation.

Envisagée d'un point de vue général, la clause d'index est profondément différente de la clause-or.

Sans doute elle rend manifeste l'intention des parties de se prémunir contre les dépréciations monétaires : mais, on l'a vu, cette intention n'a rien en elle-même d'illicite. De plus ce n'est pas seulement pour un motif monétaire que les parties ont introduit une clause d'index. Elles cherchent en effet à se protéger contre des variations de prix de certaines denrées : le fermier qui accepte une clause de paiement fondée sur le prix du blé se prémunit contre une baisse de ce produit, baisse qui peut être indépendante de toute variation monétaire. Il convient enfin de remarquer

que les clauses d'index sont en général stipulées dans les contrats qui comportent des prestations successives, elles ont alors pour rôle essentiel de maintenir une certaine équivalence entre les prestations fournies et le prix, et de permettre ainsi une exécution du contrat malgré les modifications de la situation économique.

Une autre considération permet de séparer nettement les clauses d'index des clauses-or. Celles-ci n'ont d'effets qu'en cas de dépréciation de la monnaie nationale par rapport à l'or ou par rapport aux autres monnaies étrangères. Avec les clauses d'index les prix varient en fonction des cours du ou des produits ou denrées qui entrent dans la composition de l'index. Or ces cours n'obéissent pas uniquement à la dépréciation de la monnaie : d'autres facteurs peuvent intervenir. Si le blé, par exemple, est pris comme élément de base, les variations du prix dépendront non seulement de la valeur du franc mais aussi de la situation du marché du blé, de l'abondance ou du déficit de la récolte, de l'intervention des pouvoirs publics. Il en est de même lorsque la clause repose sur plusieurs éléments ou lorsqu'elle se réfère à un indice officiel : sans doute il y a une corrélation entre les mouvements des prix et les mouvements monétaires, mais cette corrélation n'est ni immédiate ni absolue.

Si l'on observe le mouvement des prix de 1928 à 1936 on constate des variations importantes alors que la valeur-or du franc restait inchangée. De même de 1931 à 1936 il n'y a pas identité entre les mouvements des prix et le cours de la Livre sterling.

Pourtant il convient de souligner que les mouvements généraux des prix traduisent la valeur réelle de la monnaie, ils font apparaître son pouvoir d'achat sur le marché intérieur. Aussi n'est-il pas inexact de dire qu'une clause

d'index dans la mesure d'ailleurs où elle fait appel à plusieurs éléments de base, modifie les prix prévus au contrat en fonction des variations de la valeur de la monnaie. Mais il n'en résulte aucun agio intérieur comme il s'en pourrait produire avec la clause-or. La méfiance à l'égard du billet ne s'en trouve nullement augmentée : le jeu de la clause d'index ne traduit que les modifications des prix que chacun constate journellement.

Ainsi on ne saurait assimiler les clauses d'index à des clauses du type clause-or : elles en diffèrent par leur objet, leur technique et leurs effets. Pourtant les tribunaux ont hésité et hésitent encore à faire cette distinction.

III

LES CLAUSES D'INDEX DEVANT LA JURISPRUDENCE

Les juridictions ont eu à statuer sur la validité des clauses d'index après la guerre de 1914-1918. Leurs décisions ne sont devenues nombreuses qu'aux environs des années 1926 et 1927. Dans une première phase qui s'étend jusqu'aux environs de 1930, les tribunaux marquent une certaine hésitation à admettre la validité de la clause d'index. Mais la Cour de Cassation se refusant à en déclarer la nullité, la jurisprudence se fait plus précise : si de façon générale elle reconnaît que la clause est valable, elle recherche la véritable intention des parties, elle examine les procédés techniques utilisés : ainsi le contrôle des tribunaux est devenu plus minutieux.

Les tribunaux qui ont prononcé la nullité de la clause d'index l'ont considérée comme pleinement assimilable à une clause-or.

C'est ainsi que le Tribunal Civil de Laval dans un juge-

ment rendu le 19 février 1927 (S. 1927-2-55) développe l'argumentation suivante fondée sur le cours forcé.

Dans un bail, il a été stipulé que le preneur donnera comme prix du fermage une quantité déterminée de froment. L'évaluation du froment se fera suivant un mode méticuleusement établi. Cette clause, fort mal rédigée d'ailleurs, est déclarée nulle par le Tribunal de Laval : il l'a considérée comme « un peu compliquée » et comme établie « dans l'intérêt du bailleur ». Le jugement recherche le but poursuivi par les parties et le déclare illicite. Lorsqu'elles ont fixé le fermage à la somme variable que représente la valeur d'une quantité de froment, les parties ont entendu se prémunir contre la dépréciation monétaire en faisant varier le fermage suivant la valeur d'un produit analogue à l'or. Une telle clause qui fait échapper le bailleur aux conséquences du cours forcé est nulle, car on ne peut parer à ces conséquences « ni directement ni indirectement ».

Des arguments identiques sont invoqués par le Tribunal Civil de Rouen dans un jugement du 28 mars 1927 (D.H. 1927-330).

Un bail contenait une clause suivant laquelle le fermage était fixé à une somme déterminée ; mais il pouvait être à la fin de chaque année diminué ou augmenté proportionnellement aux fluctuations du cours du blé. Le tribunal, après avoir développé le principe de la nullité de la clause-or considère que cette nullité doit s'étendre à toute clause contenue dans des contrats et « destinée à faire échec indirectement à l'institution du cours forcé, à éluder et à tourner ses dispositions d'ordre public ». Il est incontestable, poursuit le jugement, « que la clause litigieuse a pour objet évident de tourner la prohibition de la clause payable en or en procurant indirectement le même effet et en réali-

sant le même but ». Considérant enfin que le blé est assimilé à une matière-or, le jugement conclut à la nullité de la clause.

L'argumentation développée par les Tribunaux de Rouen et de Laval est extrêmement fragile. D'une part l'assimilation du blé à une matière or est une erreur manifeste. Les variations du cours du blé dépendent sans doute de la valeur de la monnaie et du cours des changes, mais elles ont d'autres causes complètement indépendantes des mouvements des changes ou de l'institution du cours forcé.

D'autre part, les deux jugements se refusent à envisager l'hypothèse où le prix du blé viendrait à baisser : il est certain que les clauses joueraient alors en faveur du fermier exploitant.

D'autres décisions de jurisprudence qui prononcent la nullité des clauses d'index reposent sur des motifs tout à fait différents. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Douai du 27 novembre 1928 (Rec. Douai 1929, p. 13, *Rev. Trim.* 1929, p. 453) prononce la nullité d'un bail dont le loyer devait varier en fonction de l'indice officiel du coût de la vie à Paris fixé par les statistiques officielles. Il se fonde non sur le fait que la clause est contraire aux lois instituant le cours forcé, mais sur le caractère indéterminé du loyer. « Le prix du bail, dit la Cour de Douai, n'a pas été fixé d'après des cours de bourse pris à une certaine époque et arrêtés de façon telle qu'ils ne puissent être contestés. L'indice du prix de la vie à Paris, établi sur des bases approximatives n'a aucun caractère de certitude et dépend de l'appréciation toujours critiquable d'une commission. Cette commission ne saurait être assimilée à un arbitre qui aurait reçu mission de fixer le prix du bail : ce prix resté donc indéterminé. »

C'est là, semble-t-il, une erreur certaine : le prix futur du loyer est sans doute inconnu, mais sa détermination se fera suivant des règles précises que les parties ont établies à l'avance et en fonction d'éléments indépendants des contractants. Le prix n'est donc nullement laissé à la discrétion de l'une des parties. Au reste, le Code Civil dans l'article 1592 permet que le prix de vente soit laissé à l'arbitrage d'un tiers.

La Cour de Cassation s'est prononcée de la façon la plus nette, en faveur de la validité des clauses d'index. Trois arrêts sont particulièrement significatifs (Cass. Requ. 18 février 1928, D.H. 1929 p. 113 ; 18 mars 1929, D.H. 1929, p. 202 ; 1^{er} août 1929, D.H. 1929, p. 441). Il s'agissait dans les trois espèces de fermages variables selon le prix du blé.

Les motifs de cette jurisprudence sont doubles.

D'une part, la Cour de Cassation s'appuie sur un argument de texte : l'article 3 de la loi du 12 juillet 1905 modifié par les lois du 1^{er} janvier 1926 et du 9 juin 1927 (article 5) a formellement reconnu la validité du paiement en nature. Rien ne s'oppose donc à ce que les conventions, au lieu de laisser au bailleur le soin de réaliser en monnaie légale les denrées qui doivent être remises, imposent au fermier l'obligation de les remplacer par leur valeur en espèces ayant cours légal.

D'autre part — et c'est l'argument essentiel — le blé ne saurait être assimilé à une matière-or : le cours forcé est sans influence sur la validité d'une clause d'échelle mobile dont le blé est la base. « Attendu, dit la Cour dans son arrêt du 1^{er} août 1929, que la loi du 5 août 1914 interdit seulement de stipuler en une monnaie autre que celle ayant cours forcé ; que cette prohibition qui fait échec au principe de la liberté des contractants doit être interprétée

restrictivement. Attendu que la clause litigieuse n'impose pas au preneur l'obligation de payer en une autre monnaie que celle du billet de la Banque de France, qu'elle prévoit simplement l'augmentation ou la diminution du prix du fermage suivant la valeur d'une marchandise soumise à toutes les fluctuations économiques dont le change n'est qu'un élément ; qu'ainsi la clause ne viole aucune des dispositions de la loi du 5 août 1914 ».

Devant cette attitude de la Cour de Cassation, les hésitations des Tribunaux et des Cours cessent. De nombreuses décisions de jurisprudence affirment désormais la validité des clauses d'index.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Paris du 5 février 1930 (D.H. 1931, Somm. p. 11) déclare la validité de la clause d'un bail stipulant que le prix du loyer sera payé en quintaux de blé alors même que le blé au lieu d'être livré en nature doit être remplacé aux termes convenus par sa valeur en espèces ayant cours légal.

Une solution analogue est donnée par la Cour de Colmar : il s'agissait d'un bail dans lequel la variation du prix était fonction non pas d'un élément unique comme le cours du blé, mais d'un indice officiel comme l'index du coût de la vie. « Est licite, déclare la Cour de Colmar dans l'arrêt du 21 janvier 1930 (D.H. 31, Somm. p. 26) la clause d'un bail aux termes de laquelle le loyer peut être augmenté si la marche des affaires ou l'index du coût de la vie justifie une telle augmentation. La jurisprudence reconnaît également la validité d'une clause selon laquelle le prix varie en fonction du salaire horaire du maçon (Paris, 27 avril 1932, R.L. 1932.541).

Depuis 1930 et 1931 la jurisprudence est très nettement établie : les clauses d'index sont valables. Les parties peu-

vent en toute sécurité les introduire dans leurs contrats. Mais des précisions et des distinctions ont été apportées par les tribunaux.

Tout d'abord, doit être considérée comme nulle une clause qui se référerait au cours des changes. Si les contractants peuvent choisir comme élément de base de leur index le cours de certains produits ou l'indice officiel du coût de la vie, elles ne peuvent prévoir la variation des prix du contrat d'après le cours du change ou le cours de l'or. Un index qui reposerait, ne fût-ce que partiellement, sur la valeur de la monnaie ne peut être introduit dans un contrat. La clause est alors pleinement assimilable à la clause valeur-or. Il avait été stipulé dans un bail que le loyer devait être payé en billets de la Banque de France d'après le cours du dollar (ou du mètre cube de maçonnerie de moellons à Paris) au jour de l'échéance. La Cour d'Aix avait reconnu la validité de cette clause (Aix, 10 février 1927 - D. H. 1927-247) ; elle considérait que d'une part aucune disposition légale n'interdit de prendre une marchandise quelconque comme base de fixation des prix pourvu que le paiement ait lieu en monnaie française et que d'autre part le montant du loyer n'avait pas à être connu à l'avance ; il suffisait que la fixation du prix ne dépende pas d'une seule des parties et que celles-ci soient d'accord sur le mode de détermination.

La Cour de Cassation casse l'arrêt de la Cour d'Aix (Cass. Civil., 3^e décembre 1928 - D.H. 1929, p. 33) : la clause litigieuse doit être considérée comme assimilable à une clause valeur-or. Comme telle elle n'est pas valable.

Une solution identique a été donnée par le Tribunal Civil de la Seine (14 février 1938, *Gaz. Pal.*, 1938.1.755) : il a déclaré la nullité d'une clause qui prévoyait la variation

du prix du loyer en fonction de la valeur de la monnaie.

La jurisprudence a été plus loin ; elle ne s'est pas arrêtée aux termes du contrat ; elle a recherché si l'intention réelle des parties avait été de se prémunir contre la dépréciation de la monnaie. Le Tribunal de Commerce de la Seine s'est prononcé en ce sens dans l'espèce suivante (12 novembre 1940 - *Gaz. Pal.*, 1941-1-59). Dans un contrat de prêt, le débiteur avait garanti le créancier contre tout risque de dépréciation du franc à condition que celle-ci soit supérieure à 10 %, ledit coefficient étant fourni par la statistique générale de l'indice des prix de détail publiée par le Ministère du Travail. Le Tribunal considère d'une part, que si les clauses de paiement en monnaie étrangère sont nulles, les clauses de cherté de vie ne le sont pas. N'est donc pas contraire à l'ordre public et aux dispositions des lois monétaires, une clause qui prémunit les parties contre les variations des circonstances économiques, abstraction faite de la valeur du franc. Mais, d'autre part, il considère que l'intention des parties était exclusivement de se prémunir contre la dépréciation du franc et qu'en conséquence la clause d'indice est nulle.

Il convient d'observer que cette décision a été rendue en matière de prêt ; mais il serait peu rationnel qu'une clause d'échelle mobile fondée sur l'indice du coût de la vie soit valable dans un bail et nulle dans un contrat d'emprunt, alors surtout que les variations du coût de la vie ne se confondent pas avec les variations du franc par rapport à l'or ou aux monnaies étrangères. En l'espèce, il semble bien que le Tribunal de Commerce se soit attaché à l'intention clairement exprimée des parties ; celles-ci avaient en effet stipulé expressément que ladite clause avait pour but de garantir les créanciers « contre toute dévalorisation

de la monnaie actuelle ». Mais cette solution se concilie difficilement avec l'arrêt de la Cour de Cassation du 23 janvier 1924 (S. 1925.1.257) qui précise qu'il n'est pas illicite de chercher à se prémunir contre les dépréciations monétaires.

La clause d'index a été encore assimilée à la clause-or lorsqu'il avait été stipulé que la clause, licite en elle-même, ne jouait qu'en faveur d'une seule des parties. C'est ainsi que le Tribunal Civil de la Seine (21 novembre 1928 - D.H. 1929, p. 44) a jugé qu'était nulle la clause selon laquelle le bailleur pouvait réclamer un supplément de loyer si l'indice des prix de détail augmentait de 1/5^e par rapport à 415. Il a considéré que si la clause d'échelle mobile est licite lorsque bailleur et preneur n'ont en vue que de se garantir réciproquement contre les variations du coût de la vie, en l'espèce, « ladite clause excluant la réciprocité et n'étant rédigée que dans le seul intérêt du bailleur, il apparaît bien que celui-ci ait voulu se garantir contre les fluctuations du change ».

Par contre il a été généralement admis que les parties tout en prévoyant une variation des prix en fonction d'un indice pouvaient fixer à l'avance une limite inférieure en dessous de laquelle le prix ne pourrait descendre. Dans un bail de locaux à usage commercial la clause suivante avait été insérée : « Il est expressément convenu que dans le cas où les statistiques officielles relèveraient... une variation égale ou supérieure à 10 % de l'indice de base 446, le loyer qui sera payé l'année suivante sera augmenté ou diminué dans les mêmes proportions ; toutefois l'application de la présente clause ne pourra avoir pour effet de ramener le loyer à un prix inférieur à 22.000 francs, chiffre correspondant à la valeur locative minima des lieux loués... ». La

Cour de Paris dans un arrêt du 1^{er} juillet 1931 reconnaît la validité d'une telle clause : « Considérant que le fait qu'aucune limite n'étant fixée à la hausse du loyer, la baisse corrélative trouve son point d'arrêt à un chiffre fixé comme représentant la rémunération minima des capitaux investis dans l'immeuble, ne peut être considéré comme rompant au détriment du preneur l'équilibre normal du bail et donnant à ce contrat essentiellement commutatif le caractère d'un contrat léonin, et que de ce chef les critiques des preneurs ne peuvent atteindre la validité du bail. »

La jurisprudence a enfin apporté certaines précisions sur des points particuliers.

Quelques tribunaux, pour reconnaître la validité des clauses d'index, ont relevé le fait que le prix ne restait pas indéterminé et que sa fixation n'était pas laissée à la disposition de l'une des parties : « Attendu, déclare la Cour d'Aix dans un arrêt du 10 février 1927 (D.H. 1927, p. 246), que l'obligation d'accord sur le montant du loyer dans le contrat de louage, n'implique pas nécessairement que le montant soit connu des parties au jour du contrat, pourvu que sa fixation ne dépende pas de la seule volonté de l'une d'entre elles et que celles-ci soient d'accord sur son mode de détermination ».

Plus généralement il faudrait considérer comme nulle toute clause qui déterminerait le prix sous une condition purement potestative de la part de celui qui s'oblige ; et on ne saurait admettre que la fixation du prix soit laissée à l'arbitrage d'un tiers non désigné par les parties.

★ ★

Alors que des opinions divergentes se sont manifestées en doctrine au sujet de la validité de la clause-or, presque tous les auteurs ont considéré que la clause d'index était valable.

Bien qu'adversaire de la clause-or, M. Capitant souligne le fait que la jurisprudence relative à la clause-or fait obstacle à la conclusion des contrats. Les clauses d'échelle mobile lui paraissent valables : « Le cours d'une marchandise, écrit-il (D. H. 1926, Chr. I), ne dépend pas uniquement de celui du change ; il est fonction de la plus ou moins grande abondance de cette marchandise. Donc, peut-on dire, le bailleur ne spéculé pas uniquement sur le cours du change. » Les lois d'ordre public doivent être interprétées restrictivement et M. Capitant dénie au juge le droit de scruter les consciences : « Il ne peut, conclut-il, annuler les actes sous le prétexte qu'ils sont faits pour frauder la loi, à moins que la fraude ne soit évidente, incontestable. » Analysant ailleurs (D.H. 1926, Chr. p. 17) les clauses d'échelle mobile dans les baux, M. Capitant fait remarquer qu'elles n'imposent pas au débiteur l'obligation de payer en une monnaie autre que le franc : « A la différence des clauses stipulant un paiement en or, en livres, en dollars, en coupons de rente 4 % 1925, elles n'ont pas pour effet de créer un double cours, le cours or et le cours papier. »

M. Demogue, adversaire résolu des clauses-or, se refuse également à assimiler les clauses d'index à la clause-or : il déclare (*Journal des Not.* 1927, p. 97) que le procédé qui consiste à se garer contre les fluctuations du change par une stipulation de paiement en marchandises ou en leur valeur est pleinement licite. Il estime incontestable la validité d'une clause qui fait varier le prix en fonction des éléments qui ont servi à le déterminer.

Ailleurs, M. Demogue (*Rev. Trim. de Droit civil*, 1927, p. 465) critique les arrêts qui annulaient les clauses de paiement en valeur-marchandise : il remarque que ces clauses ne tendent pas à déprécier le billet de banque puis-

que le cours des denrées choisies comme étalon ne varie pas seulement avec la valeur du franc mais avec l'état des récoltes. Il fait ressortir l'équité de ces clauses qui évitent la ruine du bailleur en cas de dépréciation et celle du preneur en cas de revalorisation.

M. Nogaro soutient également la thèse de la validité des clauses d'échelle mobile (*Rev. Trim.* 1925, p. 1) : il relève la différence fondamentale qui les sépare des clauses-or ou valeur-or.

Il fait observer d'abord que les clauses-or peuvent ne pas répondre au but poursuivi par les contractants.

« Dans un pays soumis à un régime de cours forcé, il arrive généralement que la diminution du pouvoir d'achat intérieur du papier monnaie et sa perte au change ne concordent pas ». Or, ce qui intéresse les parties c'est le pouvoir d'achat de la monnaie et non sa perte par rapport aux changes étrangers.

Cette observation de M. Nogaro est encore plus vraie aujourd'hui sous un régime de contrôle des changes : le contrôle des changes isole en effet le circuit monétaire interne ; il aboutit à déterminer une double valeur de la monnaie : d'une part, une valeur intérieure que les pouvoirs publics essaient de maintenir stable par une politique des prix et par une politique de résorption du pouvoir d'achat ; d'autre part une valeur externe dont le maintien est assuré par une réglementation rigoureuse des mouvements des capitaux et de la circulation des devises et par une direction autoritaire des échanges internationaux. Une clause payable en or ou en monnaies étrangères ne mettrait nullement les parties à l'abri des variations de la valeur interne de la monnaie qui seules les intéressent.

M. Nogaro poursuit en montrant que la clause du paie-

ment en une ou plusieurs marchandises — autres que l'or — ne provoque pas une demande anormale des changes. « En effet, écrit-il, des circonstances tout à fait indépendantes de l'étalon monétaire peuvent avoir sur le niveau des prix moyens une influence telle que le pouvoir d'achat d'une somme déterminée ait très notablement changé d'une époque à une autre. » Et il ajoute : « Quoiqu'elle implique une certaine défiance à l'égard du régime monétaire, la généralisation d'une telle clause ne paraît pas de nature à nuire audit régime monétaire et elle ne paraît d'ailleurs tomber nullement sous le coup de notre législation. »

M. Gény (*Rev. Trim.* 1926, p. 628) reprend la même idée : il soutient que les clauses d'échelle mobile qui prennent comme étalon de variation un indice de prix complet et bien établi paraissent satisfaire les desiderata légitimes de la pratique et qu'elles ne comportent aucun des reproches juridiques dirigés contre les clauses-or. Se plaçant à un point de vue plus général, il poursuit : « Elles échappent également à la plupart des critiques d'ordre politique ou économique qui ont fait condamner celles-ci. En effet, à raison de leurs caractères complexes et techniques, ces clauses se trouvent limitées aux contrats les plus importants faits à long terme. Elles ne risquent pas de se généraliser et ne s'appliqueront pas aisément aux opérations faites au comptant. On ne pourra pas davantage leur reprocher de provoquer une hausse immédiate et rapide des prix puisqu'ils n'interviendront qu'après coup sur des prix établis en vertu des causes d'économie générale contre lesquelles la volonté individuelle ne peut rien. Elles ne font aucune concurrence à la monnaie nationale même sous forme de papier monnaie puisqu'elles n'envisagent que des règlements en franc papier. »

Ainsi la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître la validité des clauses d'index : leur attitude s'explique d'autant mieux que le législateur a reconnu à diverses occasions le caractère licite des clauses d'index économique.

IV

LES CLAUSES D'INDEX ET LE LÉGISLATEUR

Ce n'est qu'après la guerre de 1914-1918, lorsque l'emploi des clauses d'échelle mobile et de paiement en denrée s'est développé dans les fermages et les baux à loyer, que le législateur s'est préoccupé des incidences que de telles clauses pouvaient avoir pour les contractants.

Le problème s'est posé à l'occasion des lois organisant des procédures de révision du prix des baux. Sans doute, depuis fort longtemps, le législateur avait prévu la possibilité du fermage payable en denrée : en particulier l'article 16 de la loi du 22 Frimaire An VII et l'article 75 de la loi de finances du 15 mai 1818 règlent, en ce qui concerne le régime fiscal, l'hypothèse d'un fermage en nature.

De même, l'article 3 de la loi du 12 juillet 1905 sur la compétence du juge de paix prévoit expressément le cas de fermage payable en denrée. On ne saurait cependant considérer que ces textes consacrent la validité des clauses d'échelle mobile : ils ne visent en effet que le cas où l'objet du paiement est une marchandise ou une denrée agricole.

Par contre, les textes intervenus après la guerre de 1914-1918 se réfèrent implicitement aux clauses d'échelle mobile.

La loi du 10 juin 1927, qui organise au profit des propriétaires la révision des baux ruraux de longue durée, prévoit dans son article 5 « qu'aucune majoration ne sera

accordée au propriétaire qui a stipulé son fermage payable en totalité en nature ». Il résulte clairement des travaux préparatoires que le législateur a entendu viser toutes les formes de baux en denrée ou avec échelle mobile.

Ce texte reconnaît ainsi implicitement que les clauses d'index sont valables.

Le législateur adopte une attitude identique lorsqu'il autorise, par la loi du 8 avril 1933, au profit du fermier, la révision des prix des baux à ferme. L'article 1^{er} de cette loi porte que « tout fermier qui aura conclu entre le 1^{er} janvier 1924 et le 11 novembre 1932 pour une durée d'au moins 3 ans un bail à ferme dont le prix sera payable soit en argent, soit en nature pourra... demander la réduction du prix du fermage ». Cet article a donné lieu devant les Chambres à une vive controverse : il s'agissait de savoir si la procédure de révision que le législateur se proposait d'organiser devait s'étendre aux baux dont les fermages sont payables en nature, ou en espèce d'après le barème de la clause d'échelle mobile. La thèse extensive qui devait l'emporter, s'explique par les raisons suivantes : si en vertu de l'échelle mobile le prix du fermage diminue dans la même proportion que les prix des denrées agricoles, l'allègement qui'en résulte est plus apparent que réel : les frais d'exploitation ne diminuent pas dans la même proportion que la valeur des produits et la marge du bénéfice du fermier s'en trouve dès lors diminuée. A aucun moment, au cours du débat, un doute n'a été émis sur la validité des clauses d'échelle mobile : celles-ci ont donc été implicitement consacrées par le législateur.

Il en est de même pour la loi du 12 avril 1933 qui a pour objet de permettre aux commerçants, industriels et artisans d'introduire une action en révision du prix de leur

loyer en vue d'obtenir une réduction. L'article 6 admet sans aucun doute possible la validité des clauses d'index ; il porte en effet : « Toutes clauses contraires et de nature à faire échec à la présente loi seront nulles et de nul effet.

Ne sont pas tenues pour telles les clauses inscrites dans les baux antérieurs à la loi qui en prévoient la révision obligatoire en fonction des circonstances économiques. »

Le décret-loi du 1^{er} juillet 1939 est encore plus net : « Dans le cas où, par le jeu d'une clause d'échelle mobile fondée sur des indices du coût de la vie, les indices économiques ou les variations des prix, le prix de tout bail à loyer portant soit sur un immeuble ou un local à usage commercial, industriel ou artisanal, soit sur un fonds de commerce se trouvera augmenté ou diminué de plus du quart, les parties pourront, nonobstant toute convention contraire, en demander la révision... »

Ainsi, en matière de baux à loyer comme en matière de baux à ferme le législateur reconnaît l'existence et la validité des clauses d'index, même s'il en limite les effets ou la portée.

D'ailleurs, aucun texte ne permet de façon générale de déclarer la nullité de telles clauses. Nous avons déjà vu que les lois monétaires ne sauraient recevoir application en ce domaine.

L'article 1895 du Code Civil ne s'oppose pas non plus au jeu des clauses d'index ; il dispose :

« L'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que la somme numérique énoncée au contrat.

S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèce avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement. »

On s'est parfois demandé si cet article n'interdisait pas l'emploi des clauses d'index. Mais il est généralement admis par la doctrine et par la jurisprudence que l'article 1895 n'est pas d'ordre public et qu'il peut y être dérogé par des conventions particulières. En outre, il s'applique seulement au contrat de prêt ou, suivant l'opinion de quelques auteurs, toutes les fois qu'il s'agit de la dette d'une somme d'argent. Ainsi, en toute hypothèse, on ne saurait fonder sur l'article 1895 du Code Civil, la nullité générale des clauses d'index.

Par contre, il n'est pas douteux que des textes spéciaux, sans annuler la clause d'index, n'en réduisent ou n'en suppriment les effets : les lois relatives au blocage des prix et des salaires et en particulier celles fixant des prix limites pour les baux, suspendent provisoirement le jeu des clauses ; le problème qu'elles soulèvent sera examiné ultérieurement.

RÉSUMÉ

En définitive, la jurisprudence et la législation reconnaissent pleinement la validité des clauses d'index. Le principe est désormais certain : les parties peuvent en toute sécurité introduire dans leur contrat des clauses qui font varier les prix en fonction des modifications des circonstances économiques caractérisées par un index. Ces clauses cependant doivent réunir certaines conditions que nous regroupons ici.

1° La clause d'index doit permettre une détermination précise et nette du prix. Celui-ci ne doit pas être laissé à l'arbitrage d'un tiers non désigné à l'avance. Il importe donc que le jeu de l'index et ses modalités soient réglés

avec soin pour qu'il en résulte une modification automatique des prix.

2° La clause d'index ne doit pas transformer le contrat en contrat léonin.

D'une part le prix ne saurait être laissé à la discrétion d'une des parties.

D'autre part la clause doit pouvoir jouer en faveur des deux parties et ne pas profiter exclusivement à l'un des contractants. Mais la jurisprudence admet qu'il peut être convenu de la fixation de prix limites : ceux-ci doivent être justifiés, c'est-à-dire représenter des éléments fixes du prix.

3° La clause d'index est illicite si l'un des éléments de base de l'index est le cours de l'or, de l'argent, de monnaies étrangères : elle ne serait alors autre chose qu'une clause-or ou valeur-or. Toutefois une telle clause reste valable dans les paiements internationaux.

4° Il ne faut pas que la clause d'index apparaisse comme étant exclusivement un procédé de tourner la prohibition de la clause-or. C'est là un point qu'il est difficile de préciser, car il relève de l'appréciation des tribunaux.

Mais il convient de remarquer que la jurisprudence considère comme licite le fait de se prémunir contre les variations de la valeur de la monnaie. Il semble donc que les tribunaux n'assimilent la clause d'index à la clause-or que si les parties, par le choix de l'index ou par la rédaction de la clause, ont manifesté clairement leur intention de se mettre à l'abri des seules variations des changes. En particulier, il y a lieu de craindre que la jurisprudence ne se montre pas favorable à une stipulation en une marchandise qui ne serait pas un produit d'exploitation, par exemple le paiement en charbon pour une ferme, ou le paiement en blé pour une mine de charbon.

CHAPITRE II

LES EFFETS DES CLAUSES D'INDEX ÉCONOMIQUE

Les effets des clauses d'index sont dominés par un principal général, commun au droit privé et au droit administratif.

Parce qu'elles sont d'ordre contractuel, ces clauses obéissent, quant à leurs effets, aux règles qui déterminent les effets des contrats. Dans la mesure où elles sont légalement stipulées, elles forment la loi des parties, le statut financier de leur convention. Aussi sont-elles obligatoires pour les contractants qui ne peuvent les modifier que par un commun accord. Elles sont obligatoires pour le juge : d'une part le juge doit les appliquer à l'occasion des litiges dont il est saisi, et, s'il y a lieu, les interpréter en recherchant quelle a été l'intention commune des parties. D'autre part, le juge ne peut les modifier sous prétexte d'équité : il ne peut que résoudre le contrat dans des cas déterminés ; mais le législateur, en faveur de certains contractants, prévoit et organise le pouvoir de révision du juge. Il arrive aussi que le juge se reconnaisse, comme il le fait en droit administratif, le droit d'adapter, dans certaines conditions, les contrats aux circonstances nouvelles de la vie économique et sociale : il ne refait d'ailleurs pas le contrat, il alloue une indemnité.

Obligatoires pour les parties, s'imposant au juge, les clauses d'index, comme les contrats eux-mêmes, doivent

être exécutées ; chaque contractant a un droit à l'exécution de ces clauses et peut en exiger la mise en œuvre.

Mais la force obligatoire des clauses d'index peut être diminuée ou suspendue. En droit privé, c'est essentiellement l'intervention du législateur dans les contrats qui vient limiter ou détruire leurs effets. En droit public, au contraire, le caractère particulier des contrats administratifs s'oppose à ce que les clauses d'index produisent librement leurs effets : il importe, en effet, que l'administration garde, même lorsqu'elle contracte^{do}, une grande liberté d'action pour assurer au mieux l'organisation et la gestion des services publics ; elle ne saurait être placée sur le même pied que son cocontractant : l'inégalité des parties est la règle. Le juge administratif lui-même, prenant en considération l'intérêt public a pu, par la théorie de l'imprévision, permettre la révision du contrat en cours d'exécution. Dès lors, il devient fatal que le jeu des clauses d'index soit entravé par les principes mêmes qui régissent les contrats administratifs.

Ainsi les effets des index ne sont ni absolus ni uniques. Malgré l'existence de principes communs, ils diffèrent selon que l'on se trouve en droit public ou en droit privé ; il convient donc de les étudier dans ces deux domaines.

SECTION I

LES EFFETS DES INDEX EN DROIT PRIVÉ

Clause contractuelle, la clause d'index a tous les effets que la loi et la jurisprudence reconnaissent aux contrats.

Les conséquences en sont les suivantes :

1° La clause d'index détermine de façon obligatoire les modalités du paiement : elle s'impose aux parties durant

toute l'exécution du contrat ; elle ne peut être modifiée que du consentement de tous les contractants.

C'est l'application de l'article 1134 du Code Civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. »

2° La clause d'index doit s'exécuter : chacune des parties peut s'adresser au juge pour en obtenir l'exécution.

Tous les biens présents et à venir du débiteur et ensuite de ses héritiers, constituent le gage général du créancier.

3° Le juge doit appliquer la clause d'index.

Tout d'abord il ne peut ni la modifier, ni la réviser, ni la suspendre.

Il ne pourrait que l'annuler s'il la considère comme contraire à l'ordre public, ou la résoudre dans les cas déterminés par le Code Civil.

Lorsqu'elle est licite et claire, le juge doit l'appliquer telle quelle.

Mais, s'il y a lieu, il doit rechercher en interprétant la clause, quelles ont été les intentions des parties.

Ce point mérite quelques explications. Dans une législation non formaliste, le souci de faire prévaloir la volonté réelle des contractants conduit à écarter l'interprétation littérale d'une clause même claire et précise qui paraîtrait le résultat d'une erreur manifeste, les parties ayant dit autre chose que ce qu'elles voulaient : c'est l'application de l'article 1156 du Code Civil qui dispose : « On doit, dans les conventions, rechercher qu'elle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. » Il pourrait se faire que par suite de la difficulté que présente la rédaction d'une clause

d'index, une telle clause, bien que ses termes soient parfaitement clairs, ne traduise pas l'intention véritable des parties, que, par exemple, son application conduise à des variations de prix contraires à celles que les parties avaient manifestement la volonté de prévoir. Quelle devrait être alors l'attitude du juge du fond ? Il semble que le juge pourrait, sans s'arrêter à la lettre du contrat, rechercher l'intention des parties, mais il ne pourrait pas refaire le contrat. Il importe donc que les parties qui désirent insérer une clause d'index dans leur convention la rédigent avec le plus de netteté possible et sans ambiguïté et s'assurent que ses effets correspondent en toute hypothèse à leurs intentions.

En définitive, et quel que soit le pouvoir d'interprétation reconnu au juge, la force obligatoire des clauses d'index apparaît comme considérable : elle connaît pourtant une double limite. D'une part, comme tout contrat, la clause peut être atteinte de certains vices qui la rendent annulable. D'autre part, des lois spéciales peuvent en réduire les effets et en suspendre l'application.

A

Le consentement des parties qualifiées pour contracter, c'est-à-dire l'accord de volontés éclairées réalisé suivant la forme légale, est l'élément caractéristique de tout contrat. Non seulement ce consentement doit émaner de personnes qui ont pouvoir et capacité de contracter, mais encore il doit être exempt de vices. Ces vices peuvent entacher la clause d'index : c'est l'application normale des articles 1109 et suivants du Code Civil, et il n'y a pas lieu ici d'en reprendre l'étude ; mais il convient d'examiner, sans y insister, deux problèmes que peut faire naître l'application

des clauses d'index : d'une part, les clauses peuvent être entachées d'erreur, d'autre part, elles peuvent provoquer la lésion.

Par la complexité qu'elles revêtent parfois, les clauses d'index peuvent contenir des erreurs : erreur dans la formule de l'index, dans le choix des termes, dans le mode de calcul du prix. Qu'elle va être la conséquence de l'erreur ainsi commise ? En principe, cette erreur est sans influence sur le contrat : les parties ne peuvent pas invoquer l'erreur qu'elles ont commise et elles doivent supporter les conséquences de leurs propres négligences. Mais si l'erreur peut être facilement réparée, le juge pourra procéder à la rectification : c'est la solution donnée par la jurisprudence en cas d'erreur purement matérielle.

Les clauses d'index peuvent faire apparaître une lésion pour l'une des parties.

La rédaction d'une clause d'index présente souvent des difficultés à raison de la complexité de l'index employé. Aussi les conséquences de son application peuvent-elles ne pas apparaître nettement lors de la conclusion du contrat.

Il se peut que l'un des contractants subisse une véritable lésion ; si, par le jeu de l'index, il reçoit des prestations d'une valeur nettement inférieure à celles qu'il fournit. Cependant, il ne saurait l'invoquer pour se dégager de son obligation : notre droit, qui repose sur le principe de la liberté des contrats, n'admet que de façon très limitée, et pour ainsi dire exceptionnelle, la rescision pour lésion entre majeurs. Le Code Civil dispose en effet dans son article 1118 que la lésion ne vicie les conventions que « dans certains contrats et à l'égard de certaines personnes » et, plus loin, dans l'article 1313, il porte que « les majeurs ne sont restitués pour cause de lésion que dans les cas

et sous les conditions spécialement exprimées dans le présent code ».

Si on laisse de côté l'acceptation de succession et le partage qui ne sont pas à proprement du commerce juridique, la rescision n'est admise par le Code que pour la vente d'immeuble et au profit du seul vendeur (article 1674) ; or la vente d'immeuble est un contrat qui ne paraît pas de nature à comporter des clauses d'index : celles-ci ne seront donc pratiquement jamais rescindées pour cause de lésion.

Mais la lésion a été prise en considération par le législateur lorsqu'il est intervenu, après la guerre de 1914-1918, dans les contrats et notamment dans les baux. Cette législation, exceptionnelle sans doute, mais dont la portée a été et reste considérable, fait obstacle à ce que les index économiques produisent leurs pleins effets.

B

Les lois qui s'opposent au libre jeu des clauses d'index sont essentiellement des lois économiques à portée sociale : quelques-unes peuvent être générales, mais la plupart ont un caractère exceptionnel : elles ne visent que certains contrats, elles ne s'appliquent que temporairement.

Elles font obstacle aux clauses d'index de trois façons possibles : ou bien elles fixent des limites maxima que les prix ne doivent pas dépasser, ou bien elles fixent d'autorité une réduction du prix, ou bien elles mettent à la disposition de l'un des contractants une procédure de révision.

I. — *Les clauses d'index et la fixation de prix-limites*

La politique économique et sociale qui a été instaurée dans le pays depuis la défaite a pour objet essentiel le

maintien de la valeur de la monnaie à la fois sur le plan intérieur et sur le plan extérieur. A l'intérieur des frontières, le pouvoir d'achat de la monnaie ne peut être conservé que par une limitation générale des prix à un niveau déterminé. Cette limitation ne vise pas seulement le prix des denrées ou des produits, mais aussi celui des divers services et prestations : elle est à la fois générale et spéciale.

Elle est générale, car elle porte sur tous les prix : la loi du 21 octobre 1940 modifiant et codifiant la législation sur les prix reprend le principe déjà posé par le décret du 9 septembre 1939 : les prix sont et demeurent fixés au niveau qu'ils avaient atteint du 1^{er} septembre 1939. Toute dérogation au blocage des prix, que ce soit dans le sens de la hausse ou de la baisse, ne peut être autorisée que par une décision des autorités administratives compétentes.

La limitation porte également sur les salaires : en exécution des décrets du 10 novembre 1939 et du 5 juin 1940, les salaires sont stabilisés à la date du 1^{er} septembre 1939 et ne peuvent subir de modification que par décision du ministre.

Mais, plus spécialement, le législateur est intervenu en matière de baux à loyer.

Déjà, à la suite de la guerre de 1914-1918, il avait, par la loi du 1^{er} avril 1926, reprenant les dispositions de la loi du 29 décembre 1923, fixé des prix-limites qui ne pourraient être dépassés : cette loi a fait l'objet de prorogations successives et a été complétée par la loi du 21 février 1941.

La loi du 1^{er} avril 1926 disposait que dans les baux à loyer à usage d'habitation professionnelle, le prix des loyers était taxé sur la base de la valeur locative de 1914, majorée d'un certain pourcentage (100 % en principe). Et l'article 13 de

la loi frappait de nullité absolue toute convention qui tendrait à imposer, même indirectement, au preneur un prix de location dépassant le prix-limite tel qu'il était fixé par la loi.

L'application de cette taxation des loyers était limitée au point de vue territorial à certaines communes et au point de vue de la nature des locaux : les baux à ferme et les baux à usage commercial ou industriel étaient exclus ; elle l'était également au point de vue de sa durée, mais le législateur l'a prorogée à diverses reprises et la loi du 21 février 1941 a généralisé le blocage des loyers.

Il n'est pas douteux que cette législation fait gravement obstacle au libre jeu des clauses d'index.

Le blocage des prix et des salaires suspend tant qu'il existe, l'application de la clause d'index : celle-ci devient, temporairement il est vrai, sans objet. Elle ne produira d'effets que lorsque le blocage sera supprimé.

Ce point ne soulève aucune difficulté juridique, mais il convient de souligner qu'en réservant aux autorités administratives le droit de fixer les prix et les salaires et de les adapter, au moment et dans la mesure où elles le jugent utile, aux conditions économiques, à l'exclusion de tout accord contractuel, le législateur diminue le domaine de la réglementation contractuelle pour lui substituer, sans doute sous l'empire des nécessités immédiates, une réglementation à caractère étatique.

Il en est de même en matière de baux où les clauses d'index sont particulièrement fréquentes. Sous l'empire de la loi du 1^{er} avril 1926, la clause d'index n'a aucune valeur dans les baux assujettis à cette loi : non seulement elle ne pourrait permettre que le prix du loyer dépassât le prix-limite, mais encore il n'est pas douteux qu'elle ne

pourrait jouer en faveur du preneur pour abaisser le prix du loyer en dessous de la taxe.

Par contre, lorsqu'il s'agit de loyers qui sont en dehors de l'application de la loi de 1926, rien ne s'oppose à leur validité (en ce sens : Trib. civil de la Seine, 7 mai 1929, *Gaz. Trib.* 27-7-1929).

La loi du 28 février 1941 constitue un nouvel obstacle, temporaire sans doute, à l'effet normal des index économiques. Elle prohibe, à dater de sa publication et jusqu'au décret fixant la cessation des hostilités, toute augmentation du prix des loyers et des charges des locaux d'habitation ou à usage professionnel, tel qu'il était fixé par le bail le 1^{er} septembre 1939. Elle ne s'applique pas aux locations dont les prix sont taxés en exécution de la loi du 1^{er} avril 1926.

En conséquence, toute clause d'index qui figurerait dans un bail soumis à la loi devient inapplicable, alors même, et la loi le spécifie, que la convention aurait été conclue avant sa promulgation. Mais elle reprendra son effet au moment où la loi cessera d'être en vigueur. Quelle serait la solution qu'il conviendrait d'adopter si l'application de la clause d'index conduisait à une diminution du loyer ? Bien que la loi du 28 février 1941 ne prohibe que l'augmentation du prix, il faut admettre, semble-t-il, que la clause d'index cessant d'être bilatérale de par la volonté du législateur, ne doit plus s'appliquer, quelles que puissent être les variations de l'index (1).

(1) Toutefois la Cour de Paris s'est rangée, inégalement d'ailleurs, à opinion opposée (14 mars 1941, *Gaz. Pal.* 1941.1.284) : elle a précisé qu'au cas où le cours du blé amènerait des variations inférieures au prix licite, les conventions des parties reprendraient leur libre jeu. Il convient d'observer qu'il s'agissait de l'application de la réduction des loyers prescrite par le décret du 16 juillet 1935.

En définitive, la législation des prix fait obstacle au jeu des clauses d'index. Dans la mesure où elle est définitive, elle les interdit. Dans la mesure où elle n'est que temporaire, elle en suspend les effets.

II. — *Les clauses d'index et les réductions de prix ordonnées par le législateur*

L'intervention du législateur en matière économique s'est manifestée non seulement par une fixation des prix, mais par une réduction autoritaire de ceux-ci. C'est à l'égard des loyers que cette politique a reçu des applications générales lorsqu'en 1935 le Gouvernement a décidé de réduire de 10 % les prix des baux à loyer ou à ferme.

Un décret du 16 juillet 1935, pris en exécution de la loi du 8 juin 1935, prescrit qu'à « compter du jour de sa publication, le prix actuel de tous les locaux, appartements ou chambres loués nus ou en meublés, à usage d'habitation ou professionnel, est réduit à titre exceptionnel et temporaire de 10 % ». Par un décret du 8 août 1935, la réduction de 10 % était étendue aux prix actuels des baux à ferme payables soit en nature, soit en argent.

Ainsi, en dehors des baux à usage commercial ou industriel, tous les prix des loyers et fermages étaient atteints par la réduction. Or beaucoup de ces contrats, et notamment les baux à ferme, comportaient des clauses d'échelle mobile ou tout au moins, des clauses de paiement en denrées. Le sort de ces clauses, sous l'empire des décrets du 16 juillet et du 8 août 1935, a soulevé des problèmes juridiques difficiles que la Cour de Cassation a résolu par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 25 mars 1941 (*Gaz. Pal.* 1941.1.283), et dont l'intérêt pratique est réduit depuis que les décrets de 1935 ont été abrogés.

Ayant à appliquer les décrets de 1935 dans des conventions comportant des clauses d'index, les tribunaux n'ont pas tous donné la même solution. Pour les uns, le décret de 1935 fait cesser l'application des clauses de variation de prix. Un arrêt de la Cour de Paris du 14 mars 1941 (*Gaz. Pal.* 1941.1.284) expose clairement les raisons de cette attitude. La Cour considère que les dispositions du décret du 8 août 1935 ont eu pour effet de fixer un prix de loyer que le bailleur n'avait pas la possibilité de dépasser ; et que l'intention certaine des auteurs du décret a été de prohiber toute variation des prix dans le sens de la hausse. Dès lors, la clause d'index cesse d'être applicable : la réduction s'applique sur le prix du fermage tel qu'il résultait au 8 août 1935 de l'application de la clause. Le prix réduit ainsi déterminé, ne peut plus être modifié dans le sens de la hausse.

A cette opinion qui se fonde essentiellement sur l'application littérale des termes du décret-loi qui visait « le prix actuel des baux à ferme », quelques tribunaux se sont rangés (Trib. civ. du Havre, 28.7.38, *Gaz. Pal.* 1938.2.527 ; Trib. civ. de Châtillon-sur-Seine, 16 déc. 1938, *Gaz. Pal.* 1939.1.423).

D'autres juridictions bien plus nombreuses, ont fait prévaloir une solution opposée : la réduction de 10 % doit être appliquée à chaque échéance, sur le prix du fermage calculé d'après l'échelle mobile. La clause d'échelle mobile garde son plein effet (en ce sens : Cour de Dijon, 16 mai 1939, *Gaz. Pal.* 1939.2.125 ; Caen, 14 avril 1939, *Gaz. Pal.* *ibid.*). C'est ce système qu'a consacré la Cour de Cassation par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 25 mars 1941 (G. P. 1941.1.283). La Cour de Rouen avait jugé que le bailleur, nonobstant le décret-loi du 8 août 1935, était en

droit de réclamer un fermage tenant compte de la hausse du cours du blé en raison de la clause de variation prévue au bail. La Cour de Cassation considère que cet arrêt est légalement fondé : « Attendu que la Cour de Rouen a décidé à bon droit qu'il ne résultait pas du décret-loi du 8 août 1935 qu'en la cause, le fermage devait perdre son caractère variable, de sorte que les bailleurs étaient fondés à tenir compte de la hausse subie par le cours du blé, à condition de faire bénéficier le preneur d'une réduction de 10 % sur le cours moyen pendant la période déterminée... »

La solution que donne la Cour de Cassation et qui conserve aux clauses d'index leur plein effet sous réserve de l'application de la réduction légale, paraît non seulement plus équitable, mais aussi plus respectueuse des conventions régulièrement formées par les parties.

III. — *Les clauses d'index et les procédures spéciales de révision*

Par sa nature même, la clause d'index constitue un procédé de révision à la fois automatique et contractuel. Or, à diverses reprises, le législateur se fondant soit sur une notion d'imprévision, soit sur l'idée de lésion, a autorisé la révision des contrats en cours d'exécution. A cet effet, il a donné aux parties la possibilité de s'adresser à un juge et d'obtenir de celui-ci une modification des conditions du contrat.

Cette intervention du législateur s'est produite notamment dans deux domaines où l'emploi des clauses d'index était fréquent : en matière de loyers, en matière de salaires. Le problème qui se pose alors est le suivant : lorsque dans un contrat, les parties ont convenu de faire varier les prix en fonction d'un index, comment convient-il de combiner

les effets d'une telle clause avec les procédures de révision mises par la loi à la disposition des parties ?

La législation des loyers offre à cet égard deux exemples typiques : ils nous sont fournis par la loi du 8 avril 1933 sur la révision des prix des baux à ferme et la loi du 12 juillet 1933 qui a pour objet de permettre aux commerçants, industriels et artisans d'introduire une action en révision du prix de leur loyer.

La première de ces deux lois organise, au profit du fermier, une procédure de révision du fermage devant le président du Tribunal et dont l'issue peut être soit la réduction du fermage si les parties acceptent le nouveau prix, soit la résiliation dans le cas contraire. Mais le problème s'est posé devant les Chambres de savoir s'il convenait d'étendre la procédure de révision aux baux dont les fermages étaient déterminés par une clause d'échelle mobile. La commission de législation du Sénat avait soutenu la thèse restrictive : les baux dont les fermages sont fixés en prenant pour base des redevances en nature se révisent automatiquement suivant les fluctuations économiques ; en acceptant ce mode de fermage, les parties ont entendu précisément lier leur sort l'une à l'autre en partageant les mêmes avantages et les mêmes risques.

Ce point de vue n'a pas été retenu. La loi ne fait aucune distinction.

Le droit de révision est ouvert au profit du fermier alors même que le bail comporterait une clause d'échelle mobile. Cette solution, peu conforme aux principes juridiques, est cependant justifiée en fait. S'il est vrai que le fermage diminue dans la même proportion que la valeur des redevances prises comme étalon, l'allègement qui en résulte n'en est pas moins plus apparent que réel : les frais d'ex-

pléitation ne diminuent pas, en effet, dans la même proportion que la valeur des produits du sol, car ils ne suivent pas la même évolution que le cours des produits. Dès lors, le bouleversement des conditions de l'agriculture affectent tous les baux, y compris ceux dont le fermage était variable d'après une clause d'échelle mobile. On comprend ainsi que lorsque le législateur décide de réduire le montant des fermages pour tenir compte des circonstances qui rendent l'exploitation moins lucrative, il étende le droit de révision aux baux qui comportent une échelle mobile.

C'est à un système opposé que s'est rallié le législateur lorsque, par la loi du 12 juillet 1933, il a prévu que les prix des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal pourront être révisés en vue d'une réduction de prix et afin de les adapter à la valeur locative équitable. L'art. 6 de la loi dispose : « Toutes clauses contraires et de nature à faire échec à la présente loi seront nulles et de nul effet. »

Ne sont pas tenues pour telles les clauses inscrites dans les baux antérieurs à la loi qui prévoient la révision obligatoire en fonction des circonstances économiques. »

Au premier abord, il semble que le paragraphe 2 de l'article 6 permette aux clauses d'index de produire tous leurs effets puisqu'il exclut la révision prévue par la loi. Mais la jurisprudence a réduit de façon considérable la portée de cette disposition.

Sans vouloir entrer dans le détail d'une jurisprudence très spéciale, on peut cependant relever un important arrêt de la Commission supérieure de Cassation du 28 février 1935 (*Gaz. Pal.* 1935.1.467) : un bail consenti par la Régie immobilière de la Ville de Paris contenait une clause aux termes de laquelle le loyer devait subir une augmentation

ou une diminution proportionnelle aux variations de l'indice économique des prix de détail des principales denrées. La régie immobilière soutenait qu'en présence de cette clause, l'action en révision de la loi du 12 juillet 1933 n'était pas recevable. La Commission supérieure rejette cette prétention : elle relève le fait que la loi a voulu essentiellement déterminer un loyer qui corresponde à une valeur locative équitable. Or, la clause litigieuse fonde le loyer uniquement sur l'indice du coût de la vie alors qu'il ne saurait être contesté qu'il n'existe pas un parallélisme certain ni une coïncidence parfaite, entre les variations de l'indice du coût de la vie et les variations de la valeur locative équitable.

Il résulte de cet arrêt que pour qu'une clause d'index demeure applicable malgré la loi du 12 juillet 1933, il faut que le jeu de celle-ci conduise à déterminer un prix de loyer conforme à la valeur locative équitable : cette solution découle également des travaux préparatoires (déclaration du rapporteur de la loi au Sénat). Comme il paraît difficile en pratique d'établir un index qui permette de suivre la valeur locative « équitable », la portée du paragraphe b de l'article 6 est très restreinte.

Mais le législateur a été plus loin : il a prévu expressément la révision des clauses d'index : le décret-loi du 1^{er} juillet 1939 dispose dans son article 1^{er} : « Dans le cas où, par le jeu d'une clause d'échelle mobile fondée sur les indices du coût de la vie, les indices économiques ou les variations des prix, le prix de tout bail à loyer portant sur un immeuble ou un local à usage commercial, industriel ou artisanal, soit sur un fonds de commerce, se trouverait augmenté ou diminué de plus du quart, les parties pour-

ront, nonobstant toute convention contraire, en demander la révision. »

Le juge devra adapter le jeu de l'échelle mobile à la valeur locative équitable au jour de la demande en tenant compte de tous les éléments d'appréciation.

La révision pourra être demandée chaque fois que, par rapport au prix précédemment fixé, une variation de plus du quart se sera produite. »

Ce texte, qui fait application de l'idée d'imprévision, a eu pour objet de parer à la situation dans laquelle se trouvaient certains locataires. Très nombreux étaient les baux commerciaux qui contenaient des clauses de variation de prix en fonction d'indices économiques et en particulier de l'indice du coût de la vie. Or, il est certain que le montant des loyers commerciaux ne suit pas nécessairement les mouvements du coût de la vie. Depuis 1935, notamment, on constate une hausse très forte du coût de la vie, alors que les loyers se maintiennent à un niveau sensiblement constant. Dans ces conditions, le jeu des clauses d'index était très désavantageux pour les preneurs : c'est pourquoi le Gouvernement, reprenant le texte voté par le Sénat, a, par le décret du 1^{er} juillet 1939, ouvert le droit de révision.

Il convient de souligner que le droit de révision qui est conféré au juge porte sur la clause d'échelle mobile. D'une part, le juge reçoit la mission d'adapter le jeu de l'échelle mobile à la valeur locative équitable au jour de la demande en tenant compte de tous les éléments d'appréciation.

D'autre part, la clause d'échelle mobile doit continuer à jouer pour l'avenir ; le juge n'a pas à l'annuler, il n'a pas à refaire le bail.

M. Boivin-Champeaux, dans son rapport au Sénat, s'exprime en termes d'une parfaite netteté :

« L'obligation pour le juge de maintenir le jeu de l'échelle mobile nous a parue essentielle. En effet, ces clauses d'échelle mobile ont été insérées surtout dans les baux à longue durée. On doit donc admettre qu'elles ont été, dans beaucoup de cas, la raison déterminante de la signature du contrat. »

Il convient de préciser la portée du décret-loi du 1^{er} juillet 1939. Tout d'abord il concerne les baux commerciaux sans aucune condition de date ou de durée, c'est dire que sa portée est générale. Il vise ensuite tous les baux commerciaux, non seulement ceux portant sur des immeubles, mais aussi ceux qui ont pour objet des fonds de commerce. Mais le décret ne concerne pas toutes les clauses d'index : il n'autorise la révision que de celles qui se fondent sur les indices du coût de la vie, sur les indices économiques, sur les variations de prix. Ainsi paraissent rester en dehors du domaine du décret, les clauses d'index fondées sur le chiffre d'affaire. Cette restriction, voulue semble-t-il, n'en présente pas moins des conséquences fâcheuses. Il convient, en effet, de souligner que l'accroissement du chiffre d'affaire ne correspond pas toujours à une augmentation des bénéfices : en particulier dans l'hôtellerie, où les clauses de ce genre sont particulièrement usitées, on a assisté, dans les années 1938 et 1939, à une véritable discordance entre le chiffre d'affaire et le bénéfice, le premier croissant de façon certaine mais dans une moindre mesure que les frais généraux.

Le décret-loi du 1^{er} juillet 1939 a déjà donné lieu à quelques décisions de jurisprudence. En particulier, le Tribunal Civil de la Seine a jugé que l'application de la révi-

sion ne pouvait pas conduire à réduire le loyer à un prix inférieur à celui stipulé originairement au bail (T. Civil, 16 février 1942, R. D. A. 1942, p. 88).

**

Le problème de la combinaison des clauses d'index avec les procédures de révision prévues par la loi s'est posé en droit social à la suite de la loi du 4 mars 1938.

Un grand nombre de conventions collectives de travail comportait des clauses d'index telles que celle-ci, qui figure à la convention collective de l'imprimerie de la Charente-Inférieure ; il était convenu que le salaire normal de base était de 36 francs par jour pour l'indice 1 de la cherté de vie de la Charente-Inférieure. Les constatations des variations de 1 se faisaient tous les six mois : les salaires devaient varier proportionnellement à 1 dans le cas où l'indice varierait de plus de 5 %.

Mais en dehors de toute disposition contractuelle, le législateur a prévu l'application de procédures de conciliation et d'arbitrage à la révision des clauses relatives au salaire à raison des variations notables du coût de la vie : tel est l'objet de l'article 10 de la loi du 4 mars 1938 qui définit la mission des arbitres ou du surarbitre ; ceux-ci doivent, lorsque la variation de l'indice officiel du coût de la vie est d'au moins 5 %, « proportionner à la variation constatée, les salaires dont cette variation rend les modifications nécessaires... ».

La question s'est posée de savoir si, en présence d'une variation du coût de la vie, il fallait appliquer les clauses d'échelle mobile figurant à la convention collective ou au contraire invoquer l'article 10 précité et recourir à la procédure d'arbitrage.

Elle a été résolue de la façon la plus nuancée tant par les arbitres que par la Cour Supérieure d'arbitrage.

Tout d'abord il a été admis que les dispositions de l'article 10 de la loi du 4 mars 1938 n'étaient pas d'ordre public; elles ne font donc pas obstacle à ce que les parties prévoient et organisent une révision des salaires sur d'autres bases; elles ne suspendent pas l'effet des clauses contractuelles d'échelle mobile que les parties demeurent libres d'insérer dans leurs conventions. Tel est le sens de la sentence du Président Villette, approuvée par la Cour Supérieure d'arbitrage (arrêt du 22 juin 1938) et rendue le 5 mai 1938 dans le conflit survenu entre le Groupement d'Etudes des Grands Magasins, la Chambre syndicale des Magasins et Bazars populaires, la Fédération Nationale des entreprises à commerces multiples, et la Chambre syndicale des Employés de la région parisienne.

« Considérant, dit l'arbitre, que la loi du 4 mars 1938, dont se prévalent les demandeurs, proclame dans son article 10 le principe de la révision des clauses des conventions collectives relatives aux salaires en cas de variation notable du coût de la vie.

« Mais qu'elle ne fait pas obstacle à ce que les parties prévoient et organisent elles-mêmes cette révision.

« Considérant que l'examen des travaux préparatoires de la loi commande cette interprétation.

« Qu'en effet, répondant à une question qui lui était posée à la Chambre des députés relativement au caractère d'ordre public de la loi, le ministre du Travail a fait la déclaration suivante qui n'a pas été contredite : « Il n'est pas douteux qu'il est en principe loisible aux parties de convenir, dans un texte, d'une clause d'échelle mobile. Cette clause sera valable. »

« Considérant dès lors qu'il échet de décider qu'en l'absence d'un texte formel la prohibant ou la rendant caduque, la clause d'échelle mobile insérée dans l'article 27 de la Convention collective du 9 décembre 1936 doit recevoir son application ».

La Cour supérieure d'arbitrage a cependant fixé des limites aux effets des clauses d'index. Par une décision du 4 novembre 1938, elle a jugé qu'une clause contractuelle d'échelle mobile ne saurait prévaloir contre les dispositions de l'article 10 de la loi du 4 mars 1938 si elle était moins favorable aux salariés.

Elle considère « qu'aux termes de l'article 31 *vc* du Livre I du Code du Travail « les conventions collectives ne doivent pas contenir de dispositions contraires aux lois et règlements en vigueur, mais peuvent stipuler des dispositions plus favorables ». — Considérant d'une part, que l'article 10 de la loi du 4 mars 1938 prévoit en son alinéa 2 que la demande en révision des salaires au cas de variation notable du coût de la vie est recevable « si la variation accusée par l'indice officiel du coût de la vie est d'au moins 5 % par comparaison avec l'indice arrêté à la date la plus voisine de celle où ont été fixés les salaires en cause ».

« Considérant d'autre part, que l'article 9 du contrat collectif passé entre l'Union des fabricants de bonneterie de la région lilloise et la Chambre syndicale ouvrière de l'industrie textile de Lille porte que la majoration des salaires accordée ne pourra être révisée tant que le coefficient du coût de la vie n'aura pas subi une nouvelle variation de plus de 10 % en hausse ou en baisse.

« Considérant que cette disposition contractuelle est en

fait... moins favorable pour le demandeur que les dispositions de l'article 10 de la loi du 4 mars 1938 et que, dès lors, elle ne saurait prévaloir contre ces dernières. »

II

EFFETS DES CLAUSES D'INDEX EN DROIT ADMINISTRATIF

Le principe général qui commande les effets des index en droit administratif est le même que celui qui détermine les effets de toute clause contractuelle.

Le principe fondamental que le Conseil d'Etat a maintes fois proclamé est que la convention fait la loi des parties. Le respect de la parole donnée domine la théorie de l'exécution des contrats comme il domine notre droit. Les parties contractantes sont obligées d'exécuter leurs obligations respectives de bonne foi, dans les conditions où elles ont été stipulées. Ce principe essentiel règle l'exécution des clauses d'index.

Dans leurs rapports respectifs chacune des parties peut s'en prévaloir et en demander au juge du contrat la stricte application : celle-ci sera toujours possible, puisque le jeu des index se traduit par une obligation en argent. Le refus d'appliquer l'index constitue sans aucun doute une faute contractuelle et donne lieu à une indemnité au profit de celui des deux contractants qui de ce fait subit un préjudice.

Les clauses d'index n'intéressent pas seulement les parties, elles peuvent intéresser les tiers. Il en est ainsi notamment, en matière de concession de services publics, où les index économiques régissent à la fois les rapports financiers des parties en ce qu'ils visent à réaliser un équilibre financier durable, et les relations du concessionnaire avec

les usagers. Ceux-ci peuvent subir un dommage du fait du retard apporté par l'autorité concédante à l'application de l'index. Quelles seraient alors les voies de droit qui s'ouvriraient à eux ?

La jurisprudence du Conseil d'Etat reconnaît aux usagers d'un service concédé la qualité de tiers bénéficiaires : l'usager qui désire profiter d'une disposition du cahier des charges peut s'adresser au juge du contrat pour demander l'application des clauses contractuelles dont il entend bénéficier (Cons. d'Etat, Gay, 29 octobre 1926, *Rec.*, p. 918).

Cette jurisprudence, qui se fonde sur la notion de stipulation pour autrui, et qui a soulevé de fortes critiques, ne semble pas devoir s'appliquer au cas où le retard apporté par le concédant à la révision des tarifs a causé un préjudice à un usager.

La théorie de l'arrêt Gay vise essentiellement un candidat à l'usage du service public ; et elle ne saurait s'étendre à l'usager lié au concessionnaire par un contrat de droit privé. Si celui-ci estime qu'il a versé indûment des sommes à la société concessionnaire du fait que la révision des tarifs en vertu d'une clause d'index n'a eu lieu que tardivement, il devra s'adresser au juge du contrat d'abonnement qui le lie avec le concessionnaire : le litige est de droit privé et la compétence est judiciaire. Cette action en indemnité n'appartient qu'à chaque usager pour le préjudice direct qu'il a pu subir du fait du maintien d'un tarif trop élevé. La personne publique concédante n'a aucune qualité pour demander une indemnité correspondant au préjudice subi par l'ensemble des usagers du service public.

Telles sont les solutions qui ont été données par le Conseil d'Etat dans l'arrêt du 6 décembre 1935, Ville de Bergerac (S. 1936.3.65). Le contrat de concession avait prévu

que les tarifs seraient fixés par une formule dont les coefficients étaient modifiables tous les cinq ans. Un retard ayant été apporté à ces modifications, le prix du gaz avait été trop élevé pendant une certaine période.

La Ville a demandé une double indemnité : d'une part, pour le préjudice effectivement subi par elle en tant qu'usager du service de distribution du gaz ; d'autre part, pour le préjudice subi par l'ensemble des usagers. Le Conseil d'Etat, s'il a reconnu le droit pour la Ville d'agir à raison du préjudice direct qu'elle avait subi, a considéré que l'action, tendant à la réparation du préjudice subi par les abonnés, était irrecevable et qu'elle faisait double emploi avec celle qu'il appartenait à chaque usager d'intenter devant la juridiction compétente (la critique de cette décision est faite par P. Laroque au Sirey 1936.3.65).

Il convient de souligner en outre que les effets des index à l'égard des tiers dans les contrats de concession sont limités par les pouvoirs réglementaires qui sont généralement reconnus aux autorités administratives en matière de tarifs (1).

Plus généralement, d'ailleurs, les effets des index sont moins absolus en droit public qu'en droit privé. En droit privé, en effet, les seuls obstacles qui limitent le jeu des index ont leur origine, en dehors de la force majeure, dans des textes spéciaux édictés en vue de circonstances particulières et qui dérogent au droit commun des contrats. Au contraire, en droit public, les principes qui régissent les contrats font à l'administration une place prépondérante. C'est qu'en effet, par le contrat administratif, un particulier devient un véritable collaborateur de l'Administration ; il participe au fonctionnement d'un service public. Il ne

(1) Voir *infra*, p. 91.

faut pas que ce fonctionnement, qui doit être régulier et continu, puisse être compromis. Aussi, pour faire respecter l'intérêt supérieur du service, le juge se reconnaît-il de larges pouvoirs d'intervention dans le contrat.

Par suite, le jeu normal des clauses d'index sera doublement limité : d'une part, par les pouvoirs que le juge se reconnaît en matière contractuelle, d'autre part par les prérogatives que possède l'administration pour organiser au mieux la marche des services publics :

★★

LES CLAUSES D'INDEX ET LES POUVOIRS DU JUGE ADMINISTRATIF EN MATIÈRE CONTRACTUELLE

Le juge administratif, comme le juge civil, doit appliquer les conventions régulièrement formées par les parties, mais l'étude de la jurisprudence montre que les tribunaux administratifs se reconnaissent un large pouvoir d'interprétation pour rechercher, sans s'arrêter au libellé des clauses d'index, l'intention véritable des parties ; et qu'ils peuvent intervenir dans l'exécution du contrat pour tenir compte des circonstances économiques imprévisibles qui en bouleverseraient l'équilibre : la clause d'index économique ne fait pas obstacle à l'application de la théorie de l'imprévision.

A

Si les clauses d'index ont pour objet l'adaptation permanente des prix inscrits au contrat à une situation donnée, elles peuvent, par suite de la difficulté qu'il y a à choisir un index approprié, ne réaliser cette adaptation que de façon imparfaite. Parfois même, il peut y avoir une discor-

dance complète, manifestement contraire à l'intention des parties, entre les prix tels qu'ils sont déterminés par les clauses d'index et le prix de revient effectif des travaux ou des fournitures.

Quelle va être, dans ces conditions, l'attitude du juge administratif ?

Deux arrêts du Conseil d'Etat du 5 novembre 1937 (*Rec.*, p. 900) montrent comment cette question a été résolue.

Les deux espèces présentent de grandes analogies et nous n'analyserons que le premier arrêt.

Il s'agissait de l'exécution d'un marché de travaux publics passés en vue de la construction d'un pont. L'article 26 du devis portait que le décompte définitif devrait être majoré ou diminué d'une quantité donnée par la formule :

$$\frac{M_i - M_o}{M_o} \times 1.200.000$$

M_i représente la moyenne des indices mensuels des prix de gros pendant la durée des travaux. M_o représente la même moyenne pendant trois mois de l'année 1926, les 1.200.000 fr. correspondent au $\frac{3}{4}$ de la somme due pour les travaux si on appliquait les prix du bordereau. En d'autres termes, le prix total à payer est donné par la formule

$$P = 400.000 + \frac{M_i - M_o}{M_o} \times 1.200.000$$

On pouvait déduire de cette clause d'index, tout d'abord qu'en toute hypothèse le $\frac{1}{4}$ de la somme initialement prévue restait à la charge de l'entreprise et que la variation n'affectait que les $\frac{3}{4}$ des prix du bordereau. La variation

elle-même ne résultait que des variations des prix de gros sans qu'aucun autre élément entrât en ligne de compte.

De 1926 à 1931 les prix de gros baissent : l'index joue dans le sens de la diminution. Pourtant le prix des travaux ne baisse pas : il tend à augmenter d'une part parce que les prix de détail sont restés sensiblement constants, d'autre part parce que si les salaires ont baissé, ils ont baissé moins que les prix de gros, et que les charges sociales se sont accrues dans une large proportion. Dans ces conditions l'application de la clause d'index causait un préjudice certain à l'entrepreneur.

Le Conseil d'Etat, saisi en appel de cette difficulté, a estimé qu'il fallait tenir compte de l'intention réelle des parties, qui était de proportionner le prix à payer aux dépenses effectives supportées par l'entreprise ; il a en conséquence, accordé à l'entrepreneur un supplément de prix.

« Considérant, porte l'arrêt... qu'en insérant dans le contrat les dispositions précitées, les parties se sont proposées d'assurer en tout état de cause l'exécution des travaux, et, en ce qui concerne l'entreprise, la garantir en échange de sa renonciation au bénéfice des articles 30 à 33 du cahier des clauses et conditions générales, contre la hausse des prix effectifs, les aléas devant rester à sa charge de ce chef étant limités au 1/4 de l'augmentation réelle du coût de construction de l'ouvrage ; qu'une référence à l'index des prix de gros n'a été adoptée que comme un moyen d'arriver à un règlement facile et, dans la pensée commune, les variations dudit index suivraient sensiblement celle des dépenses effectives à supporter par l'entreprise.

« Considérant qu'il n'est pas contesté qu'en fait, alors que les prix de gros ont baissé, les prix de détail des matériaux et les salaires ont suivi une courbe ascendante et

qu'il est établi que le prix de revient effectif des travaux a été très supérieur au montant du décompte définitif; que dans ces conditions, on ne pourrait sans méconnaître la volonté certaine des parties s'en tenir à une stricte application de la formule de révision contenue au devis particulier; que c'est dès lors à bon droit que le Conseil de Préfecture a reconnu que l'entreprise pouvait avoir droit au paiement d'une certaine somme en sus du décompte ».

Cet arrêt, ainsi que l'arrêt analogue du même jour (Sieur Ducos), est intéressant à divers points de vue. Il souligne le fait que l'introduction d'une clause d'index dans un devis particulier enlève, en principe, à l'entrepreneur le droit de se prévaloir des articles du Cahier des clauses et conditions qui, comme le fait l'article 33, prévoient une révision des prix pour tenir compte des modifications de la situation économique. Il fait apparaître toute l'étendue des pouvoirs que le juge du contrat se reconnaît pour écarter l'application stricte d'une clause parfaitement claire et nette et tenir compte de l'intention réelle des parties (Dans le même sens: Cons. d'Etat, 26 juin 1927, *Rec.*, p. 703).

Il affirme la tendance générale de la jurisprudence administrative à diminuer les risques que supportent les particuliers contractant avec l'Administration.

Enfin il montre toutes les difficultés que soulève le choix d'un index et les mécomptes qui peuvent en résulter pour l'exécution du contrat. En l'espèce, les parties ont commis une erreur certaine en choisissant comme étalon de variation un index des prix de gros dont les mouvements ne traduisaient nullement les variations du coût des travaux. Il aurait fallu faire choix d'un index dont les éléments auraient représenté les diverses charges de l'entreprise

(salaires, coût des matériaux) et qui aurait ainsi traduit fidèlement les modifications du prix de revient effectif des travaux pour l'entrepreneur.

B

La théorie de l'imprévision constitue une autre limite au jeu normal des clauses d'index.

Il n'est pas douteux cependant que les index économiques et la théorie de l'imprévision reposent sur des principes identiques : leur objet est d'assurer, malgré la survenance de conditions économiques nouvelles, la continuité et la régularité dans l'exécution du contrat. On aurait donc pu penser que l'introduction d'une clause d'index dans un contrat fût obstacle à ce que le concessionnaire, le fournisseur ou l'entrepreneur pût invoquer la théorie de l'imprévision.

Le Conseil d'Etat cependant, après quelques hésitations, a fini par reconnaître qu'une clause d'index ne rendait pas impossible l'application de la théorie de l'imprévision.

Dans un contrat administratif, chacune des parties doit exécuter ses engagements ; elle doit supporter les aléas du contrat. Les contrats, en effet, règlent d'une manière définitive pendant toute la durée de leur exécution les obligations respectives des contractants : ceux-ci doivent exécuter le contrat dans les conditions qui y sont précisées et moyennant les seules rémunérations stipulées. La variation des prix, des matières premières et de la main-d'œuvre à raison des circonstances économiques, constitue un aléa du marché : elle peut avoir des conséquences favorables ou défavorables pour le concessionnaire ou le fournisseur, mais elle demeure toujours à ses risques et périls, car chaque partie est réputée avoir tenu compte de cet aléa dans

les calculs et les prévisions qu'elle a faits avant de s'engager. Il ne peut être dérogé à ce principe par le juge que dans les cas où des circonstances imprévues imposent des surcharges exceptionnelles (1).

La jurisprudence distingue avec soin l'aléa normal et l'aléa extraordinaire ; en contractant, les parties ont dû faire certaines prévisions ; elles se sont liées l'une à l'autre en tenant compte de certaines éventualités. En particulier, lorsqu'elles se sont mises d'accord sur les prix, elles ont dû envisager le cas où les matières premières, la main-d'œuvre et les autres frais d'exploitation subiraient une hausse.

Mais il se peut que la hausse dépasse les limites que les parties pouvaient et devaient normalement prévoir. C'est alors le domaine de la théorie de l'imprévision. Celle-ci ne peut jouer qu'à une double condition : d'une part, il faut qu'il survienne un événement imprévisible ; d'autre part, il faut que cet événement détermine un bouleversement de l'économie du contrat.

En présence de cette situation, le juge du contrat condamne l'Administration à payer une indemnité correspondant partiellement à la surcharge exceptionnelle que supporte son cocontractant.

La théorie de l'imprévision permet de donner une solution aux difficultés temporaires nées de conditions économiques nouvelles, solution qui « ...tienne compte à la fois de l'intérêt général qui exige la continuation du service par la compagnie concessionnaire à l'aide de tous ses moyens de production, et des conditions spéciales qui ne permettent pas aux contrats de recevoir leur application

(1) Cons. d'Etat : *Gaz. de Bordeaux* (24 mars 1916, *Rec.*, p. 143).

normale ». (Cons. d'Etat, 27 juin 1919, Ville de Nice, S. 1920.3.25).

Le même raisonnement peut-il être tenu lorsqu'une clause d'index figure au contrat ?

Au premier abord la négative semble s'imposer. En effet, par la clause d'index les parties ont entendu se prémunir contre des variations excessives d'un ou de plusieurs éléments du prix de revient de l'entreprise, et déterminer à l'avance les conséquences de la modification des circonstances économiques. Ce faisant, les parties ont précisément cherché à éviter une application éventuelle de la théorie de l'imprévision et à se soustraire aux instances judiciaires qu'elle comporte. La preuve en est que le développement des clauses d'index dans les contrats administratifs a eu son origine dans la jurisprudence du Conseil d'Etat qui s'est affirmée dans l'arrêt relatif au Gaz de Bordeaux et dans de nombreux arrêts postérieurs.

Dans ces conditions, n'est-il pas légitime de dire qu'en se mettant d'accord sur une clause de révision des prix en fonction d'un index, les parties ont renoncé aux droits qu'elles pouvaient invoquer en application de la théorie de l'imprévision et qu'elles ont fixé forfaitairement les conséquences d'une hausse du prix de revient ?

Ces considérations sont d'une valeur certaine, mais, en définitive le Conseil d'Etat ne s'y est pas rallié.

Le conflit entre le jeu d'une clause d'index et l'application de la théorie de l'imprévision s'est posé devant la jurisprudence à l'occasion de l'exécution des marchés de travaux publics et des marchés de fournitures.

La jurisprudence semble être passée par plusieurs phases.

Tout d'abord le Conseil d'Etat s'est montré hostile à l'allocation d'une indemnité pour charges imprévisibles lors-

que les parties avaient convenu d'elles-mêmes d'une clause de révision.

Le premier arrêt qui donne très implicitement une indication à cet égard est l'arrêt du 27 juin 1919, Société du Gaz et Eclairage de Nice (S. 1920.3.25). Le Conseil d'Etat, en reconnaissant à la Société gazière un droit à indemnité, relève le fait que l'article 33 du Cahier des Clauses et Conditions des Ponts et Chaussées n'était pas applicable à l'espèce. Or cet article 33 a précisément pour objet de prévoir les conséquences d'une variation du prix de revient : il s'apparente étroitement à une clause d'index.

Très explicitement, dans un arrêt Morelli du 11 juillet 1923 (*Rec.*, p. 563), le Conseil d'Etat écarte la théorie de l'imprévision à raison de l'existence de l'article 33 du Cahier des Clauses et Conditions générales : « Considérant que l'article 33 prévoit les conséquences des variations des prix sur l'exécution du marché ; que cet article donnait au Sieur Morelli le moyen contractuel de se soustraire aux conséquences onéreuses résultant pour lui de la hausse dont il s'agit ; que n'ayant pas cru devoir se prévaloir des dispositions dudit article, il ne pouvait prétendre à une indemnité pour le motif que le renchérissement du prix dû à l'état de guerre aurait échappé à toute prévision ».

En même temps, la jurisprudence du Conseil d'Etat se montrait assez restrictive en ce qui concerne l'application de la théorie de l'imprévision aux avenants : la notion d'une imprévision relative par rapport aux avenants n'a été admise que partiellement (en ce sens : Cons. d'Etat, 9 novembre 1921, Société Commerciale des Carburants, *Rec.*, p. 918). La théorie de l'imprévision relative ne s'est appliquée qu'aux contrats conclus avant 1914 et modifiés par des avenants immédiatement après l'ouverture des hostili-

tés : elle apparaît ainsi fondée sur le degré insuffisant des prévisions nouvelles réformant les prévisions faites initialement.

Par contre, le Conseil d'Etat s'est refusé à appliquer l'imprévision lorsque le contrat a été conclu au cours de la période exceptionnelle : il n'est plus possible en effet de parler de circonstances imprévisibles.

Les conséquences logiques d'une telle solution conduisaient à écarter l'application de la théorie de l'imprévision pour les contrats comportant des clauses d'index. En effet, la clause d'index indique que les parties ont prévu une hausse des prix : celle-ci, si elle survient, ne saurait être considérée comme un fait imprévisible : seule sa gravité ou son intensité pourrait n'avoir pas été prévue par les contractants. On ne saurait plus, dès lors, invoquer la théorie de l'imprévision puisque les faits existent où sont prévus comme certains par les parties, et que celles-ci étaient à même d'envisager l'importance qu'ils étaient susceptibles de revêtir.

Le Conseil d'Etat, cependant, s'est départi de sa rigueur : il s'est montré plus favorable aux fournisseurs ou aux entrepreneurs qui, malgré une clause d'index, étaient les victimes des événements qui bouleversaient l'économie de leur contrat.

La clause d'index, en effet, ne supprime pas tous les aléas du contrat.

Tout d'abord, il est certain qu'un index ne saurait prévoir toutes les éventualités possibles, ni toutes les modifications qui peuvent survenir dans la situation économique. L'index ne fait d'ailleurs entrer en ligne de compte que quelques éléments du prix de revient, les autres charges de l'entreprise étant considérées comme constantes. C'est ainsi

que certains index ne font varier les prix qu'en fonction d'une seule variable, le prix de la tonne de houille par exemple; le contrat suppose donc que les autres facteurs du prix de revient sont constants; or il se peut que les salaires subissent une forte hausse que l'index ne traduit pas. Ainsi les variations des prix peuvent affecter des éléments du prix de revient qui ne figurent pas à l'index et bouleverser dès lors l'économie du contrat.

En outre, la formule d'index ne saurait être parfaite. L'index n'assure qu'une corrélation approximative entre les variations du prix de revient et la rémunération des concessionnaires, fournisseurs ou entrepreneurs. Bien plus, dès que les variations de l'index dépassent une certaine amplitude, la corrélation tend à s'atténuer et à disparaître.

Enfin, une clause d'index ne joue pas uniquement en faveur du particulier qui contracte avec l'Administration : cette dernière, en cas de baisse de l'index, profite du changement survenu dans les conditions économiques. Avec la théorie de l'imprévision l'indemnité n'est accordée qu'au concessionnaire ou au fournisseur pour compenser les charges exceptionnelles qu'il supporte; elle n'est jamais accordée à l'Administration. Elle représente en effet une aide temporaire apportée par l'Administration à son cocontractant pour lui permettre de continuer l'exécution de ses obligations.

Toutes ces raisons de fait ont conduit le Conseil d'Etat à examiner sous un jour nouveau le problème de l'extension de la théorie de l'imprévision aux contrats comportant des clauses d'index.

Le Conseil d'Etat s'est d'abord prononcé en matière de travaux publics. En effet, alors qu'il avait appliqué la théorie de l'imprévision aux marchés de fournitures, il s'était

refusé à le faire pour les marchés de travaux publics à raison des dispositions de l'article 33 du Cahier des Clauses et Conditions générales (Cons. d'Etat, Morelli, 11 juillet 1923, *Rec.*, p. 563).

Abandonnant cette jurisprudence, il reconnaît que ledit article 33 ne fait pas obstacle à l'application de la théorie de l'imprévision (Cons. d'Etat, 30 octobre 1925, Mas-Gayet, S. 1926.3.39). Le Conseil d'Etat considère « que la faculté donnée à l'entrepreneur par l'article 33 du Cahier des Clauses et Conditions générales du 16 novembre 1886 de demander la résiliation de son marché pour hausse de plus de 1/6^e dans le prix des ouvrages ne fait pas obstacle au droit du même entrepreneur de réclamer une indemnité pour imprévision au cas où, par suite des circonstances tout à fait exceptionnelles dans lesquelles il a dû exécuter son contrat pendant la guerre, l'économie vient à en être bouleversée... ».

Cet arrêt a été suivi d'un grand nombre de décisions rendues en matière de travaux publics : cette jurisprudence consacre de la façon la plus nette l'extension de la théorie de l'imprévision aux marchés comportant une clause de variation telle que celle inscrite à l'article 33 du C. C. des Ponts et Chaussées (notamment Conseil d'Etat, 3 janvier 1936, S. 36.3.71 : les considérants sont identiques à ceux de l'arrêt Mas-Gayet, ci-dessus rapporté). Mais l'extension ainsi réalisée est strictement limitée. D'une part, il est reconnu que l'indemnité d'imprévision ne peut se cumuler avec les indemnités prévues par les clauses du contrat. D'autre part, le Conseil d'Etat se montre sévère dans l'appréciation de l'imprévision : il exige des « circonstances tout à fait exceptionnelles » (en ce sens : Cons. d'Et., 8 février 1928, p. 198 ; 13 février 1930, *Rec.*, p. 178).

Cette jurisprudence s'est étendue à tous les contrats administratifs qui comportaient des clauses d'index : mais le Conseil d'Etat restreint par une recherche des intentions des parties la pleine application de la théorie de l'imprévision.

Un arrêt du 21 avril 1931, Société Lyonnaise des Eaux et de l'Eclairage (*Rec.*, p. 450) marque nettement la tendance restrictive de la Haute juridiction. En 1912, la Société Lyonnaise des Eaux et la commune de Talence avaient conclu un traité dont l'objet était d'assurer l'alimentation en eau potable de la population de Talence. Les prix stipulés au contrat ont été majorés par un avenant du 10 mai 1921 en vue de tenir compte des circonstances économiques nées de la guerre. L'article unique de cet avenant disposait : « Les prix stipulés au contrat de 1912 subiront les deux majorations suivantes : 1° un relèvement uniforme de 0 fr. 05 par mètre cube d'eau... ; 2° un relèvement qui variera chaque semestre d'après le prix du charbon du semestre précédent. Quand le prix du charbon sur quai à Bordeaux aura été de 200 francs la tonne, le relèvement en question sera de 0 fr. 10 par mètre cube — pour chaque franc de hausse ou de baisse du charbon par rapport à 200 fr., le prix de l'eau variera de 0 fr. 006... ».

La Société concessionnaire soutenait que les charges de l'entreprise s'étaient aggravées dans une mesure excédant toutes les prévisions que les parties avaient pu former en 1921.

Le Conseil d'Etat rejette le recours : pour cela il ne se fonde ni sur la notion d'imprévision relative, ni sur des constatations de fait. Il considère que les parties ont entendu choisir le prix du charbon comme seul élément variable du prix de revient ; peu importe, dès lors, que les autres élé-

ments dudit prix de revient aient subis une hausse considérable. Il était de l'intention des parties de n'en tenir aucun compte.

Le Conseil d'Etat s'exprime en ces termes : « Considérant qu'il résulte des termes mêmes de cet avenant que les parties ont convenu de ne tenir aucun compte pour la détermination des prix de vente, des fluctuations du prix de revient de l'eau que dans la mesure des variations qui seraient constatées dans le cours du charbon choisi par elles comme étalon ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'ordonner une expertise, la requête de la Compagnie tendant à l'allocation d'une indemnité en raison de la hausse qu'auraient subie les éléments du prix de revient autres que le charbon doit être rejetée ».

La doctrine qui résulte de cet arrêt est nettement restrictive : il n'y aurait qu'une hausse exceptionnelle et imprévisible des cours du charbon qui pourrait donner droit à une indemnité pour charges extra-contractuelles ; mais il convient de remarquer que, par cet arrêt, le Conseil d'Etat admet implicitement la possibilité d'une application de la théorie de l'imprévision à un avenant. Une solution identique est donnée par un arrêt du 4 novembre 1932 (*Rec.*, p. 916) : il consacre de la façon la plus nette l'imprévision relative par rapport aux clauses d'un avenant : la Société « Eaux et Assainissement » avait passé avec la Ville de Paris un marché de travaux publics : en 1922 un avenant intervient qui modifiait les prix inscrits au contrat. En 1923 l'occupation de la Ruhr a provoqué une hausse considérable sur le prix de la fonte, hausse qui avait une incidence profonde sur le coût d'exécution des travaux pour l'entrepreneur. Comme en 1921 et 1922, la question de l'occupation de la Ruhr était déjà discutée, la Ville soutenait qu'il n'y

avait pas là un événement imprévisible et que la cessation du fonctionnement des usines métallurgiques de cette région étaient la conséquence directe de l'occupation. Le Conseil d'Etat n'a pas admis cette thèse. « Considérant que, si à la date des accords, l'éventualité d'une prochaine occupation de la Ruhr pouvait être raisonnablement envisagée, les conséquences que cette opération a entraînées, notamment en ce qui concerne la hausse du prix des fontes, ne pouvaient normalement entrer dans les prévisions des parties ; que, dès lors, la Société « Eau et Assainissement » serait fondée à demander l'allocation d'une indemnité s'il était établi que l'économie de son contrat s'est trouvée bouleversée du fait de cette hausse... ».

Cet arrêt, en admettant largement l'imprévision relative, pouvait permettre une modification de l'attitude du Conseil d'Etat en ce qui concerne les contrats comportant des clauses d'index. Un arrêt du 22 juin 1934, *C^{ie} Continentale du Gaz* (*Rec.*, p. 723) ouvre le droit à indemnité pour charges imprévisibles alors même qu'un index aurait été stipulé. La Compagnie Continentale du Gaz est concessionnaire de la distribution du Gaz à Nancy. En 1920 le contrat est modifié par un avenant. Par cet avenant, la Ville de Nancy et la Compagnie concessionnaire ont adopté un tarif comportant d'une part, une échelle mobile pour le charbon et les salaires, d'autre part, une détermination forfaitaire des autres éléments du prix de revient. Ainsi seules les variations du prix du charbon ou des salaires pouvaient avoir une influence sur les tarifs. En 1929, la Compagnie concessionnaire réclame à la Ville une indemnité pour charges extra-contractuelles : elle soutient que les charges de l'entreprise se sont aggravées dans une mesure qui excède toutes les prévisions que les parties avaient pu former en

1920, au regard du prix des matériaux, des dépenses de grosses réparations et de l'annuité de renouvellement. Le Conseil d'Etat accueille le principe de la réclamation : « Considérant, porte l'arrêt, que si les parties contractantes ont adopté comme indices le coût du charbon et celui de la main-d'œuvre, il n'est pas entré dans leur commune intention d'exclure pour l'avenir le droit à indemnité que pourrait leur ouvrir la hausse éventuelle et imprévisible, en 1920, des autres éléments du prix de revient du gaz ; que dès lors, la Compagnie Continentale du Gaz serait fondée à demander l'allocation d'une indemnité s'il était établi que, comme elle le soutient, l'économie de son contrat s'est trouvée bouleversée du fait de cette hausse... ».

Les solutions données par cet arrêt sont satisfaisantes : les conséquences en paraissent les suivantes :

1° Le principe de l'application de la théorie de l'imprévision à des contrats qui contiennent des clauses d'index est définitivement admis.

2° Le droit à une indemnité pour imprévision n'est ouvert que si une hausse anormale et imprévisible atteint les éléments du prix de revient non inclus dans l'index. Il est naturel en effet qu'une hausse d'un des éléments de l'index ne soit pas considéré comme un événement imprévisible : en introduisant un index dans leur contrat, les parties ont précisément prévu la variation de certaines charges d'exploitation. Par contre, si la hausse atteint des éléments du prix de revient qui ne figuraient pas à l'index, la théorie de l'imprévision pourra s'appliquer.

En résumé, il résulte de cette jurisprudence, d'une part, que le droit à indemnité pour charges extra-contractuelles demeure alors même qu'une clause d'index figurerait au contrat ; d'autre part, que le Conseil d'Etat se montre rigou-

reux dans l'application du caractère imprévisible de l'événement : il n'admet l'imprévision qu'en ce qui concerne la hausse des éléments dont il n'a pas été tenu compte dans l'établissement de l'index.

II

LES EFFETS DES CLAUSES D'INDEX ET LES POUVOIRS DE L'AUTORITÉ ADMINISTRATIVE

D'une façon générale, les clauses relatives aux prix qui figurent dans les contrats administratifs sont d'ordre contractuel : il en est ainsi des clauses d'index. Celles-ci, établies par l'accord des volontés des parties contractantes, ne peuvent être modifiées que par l'accord des volontés de ces mêmes parties. L'Administration n'a pas le pouvoir de les modifier par une manifestation unilatérale de volonté.

Ce principe apparaît nettement dans les marchés de travaux publics ou dans les marchés de fournitures. Sans doute, il est certaines dispositions des documents du marché concernant le prix qui n'ont pas le caractère contractuel : tels sont, par exemple, les indications inscrites à l'avant-métré et relatives aux quantités de travaux à exécuter. Par contre, on peut dire qu'en principe, toutes les clauses relatives à la détermination unitaire du prix et notamment toutes les clauses de variation du prix, ont un caractère contractuel : il n'appartient pas à l'autorité administrative d'user de ses pouvoirs réglementaires pour les modifier.

Le problème se pose de façon différente pour les contrats de concession de service public. Dans ces contrats, les clauses d'index ont en général pour effet de faire varier les tarifs, c'est-à-dire qu'elles intéressent moins les rapports du concédant et du concessionnaire que les rapports du con-

cessionnaire et des usagers. Mais si le tarif doit varier d'après le jeu d'un index, il présente aussi un caractère réglementaire et peut être modifié par voie d'autorité.

Dans le contrat de concession de service public, la rémunération du concessionnaire consiste toujours dans le droit conféré par l'Administration au concessionnaire de percevoir à son profit sur les usagers une redevance pendant toute la durée de la concession ; s'il peut y avoir des suppléments éventuels de rémunération comme des subventions ou une garantie d'intérêt, la plus essentielle est toujours le produit des redevances perçues sur les usagers de l'ouvrage public ou sur ceux qui bénéficient du service public.

Cette redevance n'a pas un caractère contractuel : le tarif apparaît comme un règlement. Dans les rapports du concessionnaire et des usagers le tarif présente tous les aspects d'un règlement d'impôt (1) : les usagers sont obligés de payer les redevances fixées au tarif sans pouvoir les discuter ni les modifier. Si le tarif vient à être modifié, le nouveau tarif s'applique immédiatement et de plein droit. La Cour de Cassation, dans un arrêt du 1^{er} décembre 1896 (S. 1897.1.191), relatif aux tarifs des Compagnies de Chemins de fer, décidait qu'à raison du caractère d'intérêt public qui s'y attache, les parties n'y peuvent déroger par des conventions particulières.

Dans les rapports du concessionnaire et de l'Administration, les tarifs ont un caractère réglementaire : ils sont l'œuvre exclusive de l'Administration. Ce point de vue a été soutenu avec une particulière vigueur par M. Jèze (*Contrats administratifs*, t. III, p. 95). Il invoque deux ordres de considération. D'une part, au point de vue juri-

(1) JÈZE, *Contrats administratifs*, t. III, p. 94.

dique, les tarifs ayant un caractère réglementaire à l'égard des usagers, il n'est pas concevable qu'ils aient un caractère contractuel vis-à-vis du concessionnaire. D'autre part, au point de vue économique et social, le fonctionnement régulier du service public suppose un tarif réglementaire : comme toutes les parties du service public, le tarif doit pouvoir être modifié selon les nécessités économiques, sociales, politiques du moment. L'autorité administrative garde le pouvoir inaliénable d'adapter le service public, même concédé, aux besoins publics. C'est l'idée qu'exprimait le Commissaire du Gouvernement dans l'affaire C^{te} Générale Française des Tramways (Cons. d'Etat, 11 mars 1910, *Rec.*, p. 216), lorsqu'il disait : « La concession constitue un mode de gestion indirecte ; elle n'équivaut pas à un abandon, à un délaissement... La responsabilité, et par suite, l'autorité de l'Etat concédant ne s'arrête pas au jour de la concession et du fait de la concession... La matière est réglementaire, non pas contractuelle. Le droit de réglementation est indépendant du contrat, puisqu'il a pour objet final d'assurer, quoi qu'il ait été convenu, quoi qu'il arrive, l'exécution normale du service... ».

Les conséquences de ces principes sont de plusieurs ordres : tout tarif doit être homologué par l'autorité administrative ; la puissance publique a le pouvoir de réduire d'office les tarifs ; elle n'a jamais l'obligation juridique de les relever.

Comment, dès lors, combiner le caractère réglementaire des tarifs avec les effets d'une clause d'index ? Un contrat de concession comporte une clause d'index d'après laquelle les tarifs doivent varier en fonction de certains éléments : l'application de l'index conduit à une modification des tarifs ; deux problèmes se posent alors : l'autorité concé-

dante a-t-elle l'obligation d'homologuer un nouveau tarif ? Si elle s'y refuse quelles vont en être les conséquences ?

1^{er} Problème. — Si l'on admet que les tarifs ont un caractère réglementaire, la personne publique n'est pas tenue, en principe, d'homologuer de nouveaux tarifs pour tenir compte d'une modification de l'index : elle reste maîtresse d'apprécier s'il y a lieu de modifier les tarifs. C'est là, semble-t-il, un pouvoir qui est relatif à l'organisation du service, pouvoir qui ne saurait être limité par une disposition contractuelle. Mais la situation se présente différemment lorsque le jeu de l'index a été prévu obligatoirement par la loi : lorsqu'il en est ainsi, le législateur a clairement manifesté sa volonté de lier les tarifs à un index économique et on ne concevrait pas qu'une autorité administrative puisse se refuser à suivre l'ordre du législateur.

Dans tous les cas, il faut reconnaître qu'il serait impossible de contraindre l'autorité administrative, à homologuer un tarif. Il faut seulement considérer le refus d'homologuer un tarif en application d'une clause d'index, comme une faute contractuelle, avec toutes les conséquences que cela peut comporter.

2^e Problème. — Les conséquences de la non-application des clauses.

Quelle que soit la nature qu'on attribue au tarif, il n'est pas douteux que le refus opposé par l'autorité concédante à appliquer la clause d'index constitue une faute contractuelle.

Il convient de distinguer dans les éléments de la concession du service public, d'une part les conditions financières de l'opération, qui sont à proprement parler l'objet du contrat, d'autre part les conditions de l'exploitation du service concédé qui échappent au contrat et qui, dans la

mesure où les nécessités du service public sont supérieures à des conventions particulières, relèvent du pouvoir réglementaire.

Il n'est pas douteux que les clauses d'index font partir des conditions financières de la concession, qu'elles réalisent l'équilibre financier sur lequel les concessionnaires sont en droit de compter et qui traduit cette équivalence entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce qui est exigé d'eux.

Le refus que mettrait l'autorité concédante à faire varier les tarifs pour tenir compte des clauses d'index détruirait l'économie financière du contrat : si par l'usage de ses pouvoirs l'autorité concédante fausse l'équilibre des charges et d'avantages, d'obligations et de droits que les parties avaient essayé d'organiser, le concessionnaire pourra saisir le juge du contrat et demander qu'il lui soit alloué une juste indemnité.

Ces principes ont été affirmés par le Conseil d'Etat à l'occasion de l'exercice des pouvoirs réglementaires que les autorités administratives détiennent en matière de chemins de fer (Côn. d'Etat, 4 août 1905, S. 1907.3.103 ; 11 mars 1910, S. 1911.3.1).

Le calcul de l'indemnité obéira à des règles simples : le concessionnaire aura droit à la différence entre les recettes qu'il aurait perçues si la clause d'index avait été appliquée et celles qui proviennent des tarifs non modifiés. Ainsi le concessionnaire ne subit aucun préjudice : tout revient pour lui comme si la clause d'index avait pleinement joué. Il lui importe peu, en effet, que le supplément de recettes auquel l'application de l'index donnait droit résulte d'un relèvement des tarifs ou d'une indemnité versée par la collectivité concédante. Il est à remarquer que la clause d'in-

dex permet un calcul très simple de l'indemnité qu'il convient d'allouer au concessionnaire.

La situation est quelque peu différente si l'autorité concédante avait tardé à faire bénéficier les usagers du tarif inférieur auquel conduisait l'application de l'index. Nous avons vu plus haut que le Conseil d'Etat, par l'arrêt du 6 décembre 1935, Ville de Bergerac, reconnaît implicitement que les usagers peuvent obtenir du juge du contrat les liant à la Société concessionnaire, une indemnité qui représente la différence entre le tarif pratiqué et celui, moins élevé, qui aurait dû s'appliquer par suite du jeu de l'index.

Il peut sembler au premier abord qu'une telle solution se concilie mal avec le caractère réglementaire général reconnu au tarif. En fait, il n'en est rien.

D'une part, il est admis que les usagers sont des bénéficiaires du contrat de concession : ils peuvent donc profiter de la clause d'index ; d'autre part, la solution contraire romprait au profit du concessionnaire et au détriment des usagers, l'équilibre financier de la concession ; le concessionnaire se trouverait bénéficier de la négligence du concédant chargé cependant d'assurer la protection des usagers. D'ailleurs, si le concessionnaire doit verser une indemnité aux usagers qui ont payé selon un tarif trop élevé, tout revient pour lui comme si la clause d'index avait été appliquée et le tarif abaissé.

Ainsi, en toute hypothèse, lorsque les tarifs n'obéissent plus, du fait du concédant, à la clause d'index, celle-ci continue à déterminer la rémunération totale du concessionnaire. S'il perçoit un tarif inférieur à celui qui résulterait de l'application de l'index, il a droit à une indemnité compensant intégralement la perte qu'il subit. Si, au

contraire, il perçoit un tarif trop élevé, supérieur à celui résultant de l'index, il devra verser aux usagers une indemnité compensatrice. Il faut reconnaître toutefois que l'action en remboursement dirigée par les usagers devant le juge judiciaire se heurte à certaines difficultés pratiques. C'est pourquoi on a soutenu que la collectivité concédante pouvait agir contre le concessionnaire en répétition des sommes indûment perçues par lui sur les usagers (en ce sens, note de Pierre Laroques au S. 36.3.67). Le Conseil d'Etat, nous le rappelons, contrairement aux conclusions du Commissaire du Gouvernement, n'a admis que l'action individuelle de l'usager (Cons. d'Etat, Ville de Bergerac, 6 décembre 1935, S. 1936.3.65).

Ces principes n'ont pas été pleinement appliqués lorsque le législateur a procédé d'autorité en 1935 à une réduction du prix du gaz et de l'électricité.

Le décret du 16 juillet 1935, relatif à la distribution du gaz prévoit un abaissement du prix du gaz. Il porte que l'allègement des dépenses résultant pour les concessionnaires de gaz des dispositions des décrets-lois relatifs à la rémunération du personnel et aux charges de leurs emprunts, devra bénéficier intégralement aux autorités concédantes et aux usagers. Le principe de cette réduction ne contredit pas, au contraire, la clause d'index. Il n'est pas douteux, en effet, que du fait de la réduction des salaires comme du fait de la diminution des charges d'emprunt, les index vont être abaissés et, par voie de conséquence, les tarifs. Mais le jeu de l'index ne saurait faire bénéficier intégralement le concédant et les usagers de la réduction de certains éléments du prix de revient ; il est rare que l'index tienne compte de la charge des emprunts et il ne varie jamais proportionnellement aux variations des salaires. C'est

pourquoi le décret-loi prévoit dans son article 2 que les dispositions du Cahier des charges concernant les tarifs seront révisés pour assurer l'application de la réduction.

En matière d'électricité, la réduction des tarifs prévue par le décret du 16 juillet 1935, a amené le législateur à modifier le jeu des clauses d'index.

Tout d'abord l'index économique électrique est abaissé pour tenir compte de la diminution des charges de salaires résultant pour l'industrie électrique de l'application des décrets réduisant les salaires des services publics. Cet abaissement entraîne une baisse corrélative immédiate du prix de vente alors même qu'une disposition du cahier des charges tendrait à laisser les prix invariables tant que l'amplitude des variations de l'index n'aurait pas dépassé une valeur déterminée.

Le décret dispose ensuite que les prix de vente de l'énergie électrique seront abaissés de 10 % et qu'ils ne pourront dépasser des maxima prévus au décret. L'abattement de 10 % porte sur les tarifs établis compte tenu de l'abattement de l'index.

En outre, il ouvre aux autorités concédantes un droit de révision des tarifs et il confère au Ministre le droit de modifier la formule de l'index. Enfin, les concessionnaires n'ont aucun droit à indemnité.

Plus généralement, les tarifs des services concédés, à l'exclusion de ceux de la S. N. C. F., sont soumis à la législation des prix telle qu'elle résulte de la loi du 21 octobre 1940. Ces tarifs demeurent fixés au niveau qu'ils avaient atteint le 1^{er} septembre 1939 : aucune majoration ne peut être appliquée si elle n'a pas été autorisée

par un arrêté du Ministre ou du Préfet. Une clause d'index ne produira, dès lors, que des effets limités.

La combinaison entre la clause d'index et la fixation autoritaire des prix se fera dans les conditions suivantes, lorsque la personne concédante est une collectivité locale. Le concessionnaire doit d'abord demander aux autorités compétentes en matière de prix, de fixer les majorations : il invoquera à cet effet la hausse de ses prix de revient. Lorsque cette autorisation lui sera accordée, il demandera au concédant un relèvement de ses tarifs. Le concédant n'est pas lié par la décision préfectorale, mais, en vertu de la clause d'index, il ne pourra pas s'opposer au relèvement des tarifs à condition que celui-ci reste au plus égal à la majoration autorisée. Ainsi, les nouveaux tarifs seront applicables au public s'ils ne dépassent pas les maxima fixés par arrêté, et s'ils ont reçu l'approbation de l'autorité concédante. (En ce sens : Circulaire du Ministre de l'Economie Nationale du 2 mars 1942).

DEUXIEME PARTIE

La technique des index

Dans le choix de l'index, dans son mécanisme, dans la rédaction de la clause qui le stipule, les parties ont la plus grande liberté : c'est dire que les clauses d'index vont revêtir les formes les plus diverses et les plus variées.

Mais le but à atteindre est toujours le même : il faut déterminer à l'avance les variations des prix inscrits au contrat en vue de les mettre en harmonie avec une situation économique nouvelle caractérisée de façon conventionnelle par un index économique.

Quelle que puisse être la liberté des parties pour l'établissement de l'index, il est certaines règles qu'elles doivent observer si elles désirent éviter de graves mécomptes et de délicates contestations. Il existe en effet une technique des index dont la reconnaissance est nécessaire pour bien comprendre le jeu et les applications pratiques des clauses d'index.

L'étude de la technique des index fera l'objet de 4 chapitres : le premier sera consacré à la théorie générale, le second au choix de l'index, le troisième au mécanisme de l'index, le quatrième enfin aura pour objet l'étude de quelques applications pratiques.

CHAPITRE PREMIER

THÉORIE GÉNÉRALE DES INDEX

D'une façon générale, les nombres indices utilisés en économie politique, sont destinés à traduire les variations que subissent pendant une certaine période le prix des diverses marchandises et services. C'est ainsi que l'on pourra définir des indices particuliers faisant ressortir les mouvements des prix d'un produit ou d'une denrée déterminée. On pourra également définir des indices généraux qui retracent les variations des prix de certaines marchandises au détail ou en gros : tels sont les indices des prix de gros, des prix de détail et du coût de la vie. La plupart de ces indices sont pondérés. Ils sont calculés en affectant le prix de chaque marchandise d'un coefficient proportionnel aux quantités de cette marchandise qui ont fait l'objet des ventes et achats dans l'année. Les indices pondérés, mieux que les indices simples, permettent de suivre les variations du pouvoir d'achat de la monnaie (1).

Les index économiques qui figurent dans les contrats ont également pour objet de traduire aussi fidèlement que possible les variations des prix de certains produits ou de certains services. Ce sont des indices de prix dans lesquels

(1) REBOUD, *Précis d'Eco. Po.*, t. I^{er}, 6^e édit., p. 448.

les prix des divers produits ou services sont affectés de coefficients qui représentent les quantités mises en œuvre.

Considérons un index I comprenant des variables A , B , C qui représentent elles-mêmes le cours de denrées ou de services. Supposons que les quantités A , B , C varient de façon très faible et soit dA , dB , dC les variations correspondantes. On peut obtenir l'équation générale des variations :

$$\frac{dI}{I} = a \frac{dA}{A} + b \frac{dB}{B} + c \frac{dC}{C}$$

Les coefficients a , b , c , correspondent à la proportion dans laquelle interviennent les divers prix A , B et C : ils satisfont à l'identité $a + b + c = 1$.

L'équation précédente est une équation différentielle : elle peut être intégrée à certaines conditions. On obtient alors une équation du type suivant :

$$\frac{I}{I_0} = a \frac{A}{A_0} + b \frac{B}{B_0} + c \frac{C}{C_0}$$

en appelant I_0 A_0 B_0 C_0 les valeurs I A B C au moment de la conclusion du contrat.

Si P est le prix qui doit être payé par l'un des contractants et P_0 le prix initial, on a :

$$\frac{P}{P_0} = \frac{I}{I_0} = a \frac{A}{A_0} + b \frac{B}{B_0} + c \frac{C}{C_0}$$

Cette formule donne à tout instant le prix à payer.

Tous les index utilisés dans les contrats publics ou privés se ramènent à la formule précédente ou à une formule analogue comme celle-ci :

$$\frac{P}{P_0} = K + a \frac{A}{A_0} + b \frac{B}{B_0} + \dots$$

K étant un coefficient tel que $K + a + b + \dots = 1$.

Le fait que cette dernière formule comporte une constante K a pour conséquence de diminuer l'influence des variations de l'index sur le prix : une variation donnée de l'index (10 % par exemple) n'entraîne qu'une variation inférieure du prix.

Voici, par exemple, la formule pour le tarif maximum de l'énergie électrique :

$$\frac{T}{T_0} = k + v \frac{C}{C_0} + u \frac{M}{M_0} + w \frac{D}{D_0} \quad (1).$$

dans laquelle T_0 est le tarif maximum de base, C le prix de la houille, M le salaire moyen, D l'indice des prix de détail.

La formule donnant le prix du mètre cube d'eau (contrat de distribution d'eau de la commune de Talence) est la suivante :

$$\frac{P}{P_0} = k + a \frac{C}{C_0}$$

C représente le prix de la tonne de houille. De même, voici la formule donnant le prix d'un loyer :

$$\frac{P}{P_0} = k + a \frac{V}{V_0} \quad (2)$$

V représente le prix de 100 kgs de viande.

(1) Voir *infra*, p. 134.

(2) Voir *infra* la rédaction de la clause du bail, p. 132.

Pour passer de l'équation différentielle générale à l'équation simple du type :

$$\frac{P}{P_0} = a \frac{A}{A_0} + b \frac{B}{B_0} + \dots$$

il a fallu faire plusieurs hypothèses (1).

Tout d'abord, il faut supposer que les rapports tels que $\frac{A}{A_0}$ s'écartent peu de l'unité, c'est-à-dire que les variations

du cours d'une des marchandises prises comme étalon doivent être comprises dans certaines limites. Le calcul montre qu'une variation de 20 % est la variation maximum admissible.

Il faut supposer également que les coefficients a , b , c restent sensiblement constants. Ceux-ci représentent les proportions dans lesquelles interviennent les prix des marchandises ou des services : lorsque l'index représente le prix de revient d'une entreprise, le prix du mètre cube de gaz ou du kilomètre-voiture, par exemple, les coefficients signifient que le coût des matières premières ou de la main-d'œuvre entre pour une proportion déterminée dans la formation du prix de revient.

En fait, si l'on considère une période assez limitée, la constance des coefficients est pratiquement réalisée. Les conditions de la production et des échanges ne subissent en effet que de faibles modifications. On peut admettre, par exemple, qu'au sein d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises, la proportion dans laquelle intervient le salaire pour la détermination du prix de revient ne varie pas sensiblement si l'on envisage un intervalle de temps assez restreint. En d'autres termes, les rapports du salaire, du coût

(1) Sur tous ces points, voir ROY, *Études Econométriques*, p. 14 et s.

des matières premières, des charges financières au prix de revient restent à peu près constants.

Le même raisonnement ne pourrait être fait si l'on considérait une longue période ou une époque de bouleversements économiques et sociaux ou une industrie en voie de perfectionnements techniques. Il est certain, par exemple, que dans les années 1935 à 1939 les salaires et autres charges de main-d'œuvre sont entrés pour une part croissante dans la formation du prix de revient. Depuis 1940, c'est au contraire la part des matières premières qui a considérablement augmenté.

En définitive, les formules d'index, pour donner une précision suffisante, doivent répondre à une double condition.

D'une part, il faut que les variations restent enfermées dans certaines limites, elles ne doivent pas dépasser, en théorie, 20 % de la valeur initiale.

D'autre part, il faut que l'application de la formule soit limitée à une période assez brève pendant laquelle il est possible de supposer que le régime de la production et des échanges ne subisse pas de profondes altérations.

Le respect de cette double condition s'impose aux parties, surtout lorsque la clause d'index a pour objet de faire varier le prix à payer d'après les variations du prix de revient réel.

La conséquence pratique qu'il faut en tirer est la nécessité de prévoir une révision de la formule d'index. Cette révision revêtira une double modalité. D'abord, il faudra prévoir des révisions périodiques pour adapter les coefficients tels que a , b , c aux conditions nouvelles de la production et du commerce. Il faudra ensuite prévoir des révisions exceptionnelles lorsque la valeur de l'index s'écarte

exagérément de sa valeur initiale. Théoriquement, la précision de la formule ne demeure grande que si la variation reste inférieure à 20 % ; en pratique, on pourra se contenter d'une marge plus considérable et admettre une variation maximum de 40 %.

Ces quelques notions théoriques doivent éclairer le choix des parties quant à la formule d'index et quant au mécanisme de la clause.

CHAPITRE II

DU CHOIX DE L'INDEX

Le désir d'adapter les prix aux conditions économiques nouvelles conduit les parties à faire choix d'un ou de plusieurs éléments dont les variations leur paraissent traduire les modifications de la situation économique.

Or ce choix est susceptible de revêtir un grand nombre de modalités. Les parties peuvent convenir qu'il n'y aura qu'un seul étalon de variation : ce sera par exemple le prix du charbon ou le cours du blé. L'index sera alors excessivement simple : il se ramène à une clause de paiement en marchandises. L'étalon choisi pourra être un indice officiel : l'indice des prix de détail par exemple.

Les parties peuvent également faire choix de plusieurs variables : prix de certaines matières premières, salaires horaires, loyer de l'argent, indice officiel des prix. Chacune des variables sera affectée d'un coefficient fixe. Les variations de l'index ainsi défini auront pour effet d'entraîner une variation des prix.

Le choix que les parties doivent faire, s'explique par le but qu'elles poursuivent en introduisant dans leurs contrats des clauses d'index.

1° Les contractants veulent que les prix correspondent aux résultats de l'exploitation : aussi feront-ils choix, comme étalons de variation, d'un ou de plusieurs éléments du prix de revient.

C'est ainsi que, dans les baux à ferme, l'élément de variation est choisi en général de façon à ce qu'il y ait une corrélation certaine entre le montant du fermage et les résultats de l'exploitation agricole. Les parties prennent comme étalon une denrée agricole que la ferme considérée produit très largement. Si, par exemple, le fermier se spécialise dans l'élevage, le cours de la viande sera choisi comme référence. S'il s'agit d'une ferme produisant principalement des céréales, le fermage sera déterminé en fonction du cours du blé. Il y aura ainsi un rapport étroit entre les résultats de l'exploitation et le montant du fermage.

De même, dans la plupart des contrats administratifs, l'index a pour objet de lier la rémunération du concessionnaire ou de l'entrepreneur avec le coût réel de son entreprise. L'index devra donc comprendre des éléments du prix de revient : il pourra n'en comprendre qu'un seul, mais il en comprendra en général plusieurs. L'index caractérise alors le prix de revient : un tel index s'impose chaque fois que le contrat comporte des prestations continues et que le prix de revient des travaux ou des fournitures est susceptible de variations.

2° Les contractants peuvent chercher principalement à ce que les prix payés représentent un pouvoir d'achat sensiblement constant. Ils désirent se prémunir contre les variations de la valeur de la monnaie.

À cet effet, ils peuvent faire choix comme étalon d'un grand produit industriel ou d'une grande denrée agricole comme le blé. En réalité le cours d'une seule denrée, même si son marché est très étendu, ne traduit pas fidèlement les variations du pouvoir d'achat de la monnaie : il subit des modifications qui tiennent à des causes propres comme la plus ou moins grande production, l'état de la récolte, l'in-

intervention de l'Etat et qui ne dépendent pas uniquement des variations de la valeur réelle de la monnaie.

Aussi, les contractants qui désirent se prémunir contre les modifications du pouvoir d'achat de l'unité monétaire, devront-ils faire choix d'un index général des prix, publié régulièrement par des organismes officiels. Celui-ci, qu'il s'agisse de l'indice des prix de détail, des prix de gros ou de celui du coût de la vie, fait ressortir les variations de la valeur effective de la monnaie.

De tels index sont utilisés en matière de baux à loyer et de contrat de travail. Les clauses d'index ou d'échelle mobile stipulées dans les contrats de travail ont pour objet essentiel d'assurer à l'ouvrier un salaire réel à peu près constant en faisant varier le salaire nominal.

3° Les contractants font de l'index un mode très particulier d'association financière.

L'index n'a plus pour effet de traduire une situation économique générale ou le prix de revient de certaines fournitures : il représente les résultats financiers de l'entreprise.

Un premier exemple nous est fourni par certains baux commerciaux. Ceux-ci stipulent parfois que le loyer variera d'après le chiffre d'affaire réalisé par l'industriel ou le commerçant locataire. Sans doute, les variations de ce chiffre d'affaire suivent dans une certaine mesure les mouvements de l'activité économique générale ; mais elles ont des causes plus particulières qui résultent de la nature de l'entreprise et qui tiennent à la personne même du locataire commerçant ou industriel, à son activité personnelle et à la gestion plus ou moins heureuse de son fonds de commerce.

Certaines clauses des contrats de travail donnent un autre exemple de clauses réalisant au moyen d'un index une participation de l'ouvrier aux bénéfices de l'entreprise qui l'em-

ploié. L'index comprend alors comme élément variable le prix de vente des produits de l'entreprise : le salaire varie en général proportionnellement au prix de vente, mais certaines entreprises accordaient une variation progressive des salaires. En réalité ce système, assez largement employé dans les mines au début de ce siècle, peut être considéré comme périmé : il n'accroît pas de façon notable le rendement de l'ouvrier. On préfère très généralement la prime de rendement qui assure à l'ouvrier une rémunération proportionnelle à son effort personnel. Toutefois, le régime d'une rémunération variable avec les résultats de l'entreprise a été consacré dans certains services publics sous le nom de prime de gestion (en particulier en matière de chemins de fer).

Toutes les considérations qui précèdent expliquent le choix de l'index par les parties. Mais il convient de préciser les modalités de ce choix lorsque les parties utilisent d'abord un index à une seule variable, ensuite un index à plusieurs éléments, enfin un indice officiel.

A. — Les parties utilisent un seul étalon de variation.

Ce sera très généralement le prix d'une denrée agricole de consommation très courante ou d'une grande matière première industrielle. Le contrat doit prévoir avec précision la nature et les quantités de la marchandise prise comme étalon, le lieu et l'époque auxquels il faudra se placer pour connaître le cours de ladite marchandise. On conviendra par exemple de prendre le prix de la tonne de houille dans telle ville, ou bien le cours des 100 kgs de viande sur tel marché.

B. — Les parties font choix de plusieurs éléments variables.

Un index de cette sorte caractérise en général la situation

économique de l'entreprise. Il est une représentation approximative et forfaitaire du prix de revient. Son emploi est fréquent dans les contrats administratifs.

Les variables choisies sont les prix des produits ou des services qui entrent dans la composition du prix de revient. L'index fera ressortir les dépenses de matières premières et de main-d'œuvre et il pourra tenir compte des charges financières.

Les dépenses de matières premières seront en général représentées par une ou deux variables. Dans la plupart des contrats de concession de gaz, on choisira le prix de la tonne de houille ; de même dans les concessions de distribution d'énergie électrique (article 11 du Cahier des charges type). Certains contrats font intervenir le prix de deux matières premières et quelquefois trois. C'est ainsi que certains contrats relatifs aux transports publics par automobiles comportent un index qui tient compte du prix de l'essence, du prix de l'huile, du prix des pneumatiques.

Les dépenses de main-d'œuvre seront représentées par une variable : ce sera en général le salaire horaire moyen.

Les parties doivent convenir si les prix des matières premières et de la main-d'œuvre entrant dans la composition de l'index seront les prix effectivement payés par l'entreprise ou si, au contraire, ce seront des prix moyens, régionaux ou nationaux. Il est évident que, pour que l'index traduise fidèlement les variations du prix de revient, il y a intérêt à ce qu'il soit tenu compte des prix et des salaires effectivement payés par l'entrepreneur. Mais il ne faut pas l'inciter à payer ses matières premières à des prix excessifs et à accorder à son personnel des salaires injustifiés et anormaux. Aussi a-t-on fait choix en général comme variables de valeurs indépendantes des prix et des salaires payés par

le concessionnaire ou le fournisseur. On prendra, par exemple, un prix moyen du charbon dans une région et un salaire moyen dans l'industrie considérée.

Il arrive qu'à côté du prix d'une matière première et du salaire figure un indice officiel : l'indice du coût de la vie par exemple. Cet indice officiel, qui constitue lui-même une variable, représente l'ensemble des autres charges de l'entreprise, les dépenses d'entretien par exemple (1).

Certains contrats tiennent compte de la vente de certains résidus ou de certains sous-produits : le prix de ceux-ci figure à l'index mais il est affecté d'un signe négatif : l'accroissement du prix de vente des résidus augmente les profits de l'exploitation et il est naturel qu'il se traduise par une baisse de l'index et en définitive par une diminution des tarifs (2).

Dans tous les cas, il est possible de tenir compte des charges financières ; mais, en fait, dans la plupart des contrats, la formule d'index ne fait aucune place aux variations des charges financières et du loyer de l'argent. On admet en général que les dépenses d'amortissement sont sensiblement constantes.

Quelques contrats de concession comportent toutefois un index dont une des variables représente les charges financières. C'est ainsi que, dans le contrat des transports en commun de la région parisienne, figurait un index donné par la formule :

$$I = a \frac{S}{S_0} + b \frac{E}{E_0} + c \frac{C}{C_0} + d \frac{F}{F_0}$$

dans laquelle S représentait le salaire horaire, E le prix de

(1) Voir à titre d'exemple l'Index économique électrique, *infra*, p. 134.

(2) Voir à titre d'exemple l'Index cité p. 116.

l'énergie électrique, C le prix du carburant et F les charges financières de l'entreprise.

En réalité, il semble difficile de tenir compte dans un index des variations des charges financières. Un double amortissement s'impose au concessionnaire : d'une part, il doit pratiquer l'amortissement financier qui est destiné à la reconstitution et au remboursement des capitaux ; d'autre part, il doit effectuer les amortissements industriels qui en subvenant aux pertes de matériel et en remplaçant les éléments de l'actif sauvegardent la puissance de production et conservent la substance matérielle de la concession. Les amortissements que doit réaliser un concessionnaire ne dépendent pas de données *a priori* et il est difficile d'en chiffrer la charge dans une formule d'index. C'est qu'en effet la durée de l'amortissement n'est ni constante, ni uniforme ; si, au cours de la concession, il est procédé à de nouveaux investissements, ces investissements ne peuvent plus être amortis sur la durée primitive, mais seulement sur la durée restante de la concession : c'est dire que le taux de l'amortissement ira en croissant puisque la durée décroît. De même, il n'est guère possible de chiffrer à l'avance le rythme du renouvellement des installations et du matériel ; il dépend en effet de faits à peu près imprévisibles. En pratique le concessionnaire met chaque année en réserve une fraction des valeurs à amortir.

Dans ces conditions, il est difficile de représenter dans un index établi à l'avance les variations des charges financières (1).

Il ne suffit pas de choisir les éléments de l'index, il faut déterminer en outre les coefficients qui affectent chaque

(1). Voir sur ce point la note de M. ALIBERT au S. 1936:3.65.

variable. Dans un index à plusieurs variables, les coefficients représentent l'influence de la variable considérée (prix des matières premières ou salaire horaire) sur le prix de revient des prestations ou fournitures ou sur le coût de construction s'il s'agit de l'exécution de travaux.

Quelques exemples montrent clairement ce mécanisme.

Dans le contrat de concession de la distribution du gaz de la Ville de Bergerac, le prix du mètre cube de gaz est donné d'après une formule: $T = 25 + 0,43 (G - 25) + 0,21 (K - 25) + 10 (S - 0,50)$.

Le premier coefficient 0,43 représente l'influence d'une variation de 1 franc du prix de la tonne de houille sur le prix de vente du mètre cube de gaz. Le second coefficient est affecté d'un signe négatif: il représente en effet l'influence sur le prix de vente du gaz d'une variation de 1 franc dans le prix de vente du coke, sous-produit de la production du gaz d'éclairage. Le troisième coefficient a une portée plus grande: les parties ont été d'accord pour faire entrer en ligne de compte, en vue de l'établissement de ce coefficient, toutes les dépenses autres que le charbon; l'importance de ces dépenses est réputée variée avec le salaire horaire du personnel.

Dans certaines formules d'index, les coefficients doivent représenter les pourcentages du prix de revient caractérisé par l'index. La somme de ces coefficients est égal à l'index initial.

Voici par exemple l'index figurant dans le contrat des tramways de Saint-Étienne. La formule de l'index était la suivante:

$$I = m + p \frac{h}{h} + q \frac{S}{S_0}$$

h et S représentent l'un le prix du charbon, l'autre le salaire horaire. La valeur initiale de l'index était fixée à 100. Les coefficients doivent alors être calculés de telle sorte que leur somme soit de 100. Les coefficients p et q représentent les proportions dans lesquelles interviennent le charbon et le salaire pour la formation du prix de revient.

C. — Lorsque la clause d'index a pour but essentiel de conserver la valeur réelle des prestations prévues au contrat, les parties font choix en général d'un indice qui traduit aussi fidèlement que possible les modifications du pouvoir d'achat de la monnaie.

Les index les plus souvent choisis sont les indices officiels qui sont établis sur des bases précises et en principe régulièrement publiés par la Statistique Générale de la France.

Trois catégories d'indices s'offrent aux parties : les indices des prix de gros, les indices des prix de détail, les indices du coût de la vie. Mais, en pratique, les indices des prix de détail et les indices du coût de la vie représentent le mieux les variations effectives du pouvoir d'achat de la monnaie.

Les parties ont le choix entre deux indices de prix de détail : l'un est établi sur 13 articles de ménage dont 11 articles d'alimentation, l'autre sur 34 articles. L'un et l'autre sont des indices pondérés. En théorie, l'indice des 34 articles traduit mieux que l'autre les mouvements généraux du pouvoir d'achat de la monnaie. En fait, les deux indices ont des variations identiques.

Les indices du coût de la vie cherchent à représenter les dépenses d'une famille. L'établissement de ces indices ne va pas sans un certain arbitraire.

En France, le calcul des indices est fait par des Commissions locales et régionales du coût de la vie; il existe en outre une Commission supérieure du coût de la vie placée auprès du Ministère de l'Economie Nationale. Les méthodes utilisées sont fixées par les circulaires du 22 avril 1936 et du 25 janvier 1937. L'indice est établi sur les bases suivantes. La valeur de base de l'indice est celle de l'année 1930 : elle est prise égale à 100 (à Paris, de 1930 à 1938, la base de l'indice était de 100 en 1914). L'indice représente les dépenses d'une famille ouvrière d'après un budget-type uniforme pour toute la France, dans ses grandes lignes tout au moins. Les indices du coût de la vie sont en principe trimestriels.

Dans certains contrats et notamment dans quelques conventions collectives, il est stipulé que l'indice du coût de la vie sera établi par une Commission mixte, ouvrière et patronale. L'expérience a montré que les parties se mettaient difficilement d'accord sur le calcul d'un indice : il est donc préférable de recourir à un indice officiel.

CHAPITRE III

MECANISME DE L'INDEX

Il ne suffit pas de choisir un index : il faut aussi déterminer comment une variation de l'index entraînera une variation du prix.

Les contractants peuvent rechercher une plus ou moins grande sensibilité de la clause. Il paraît logiquement plus satisfaisant de stipuler qu'à toute variation de l'index correspondra une variation rigoureusement proportionnelle du prix : la clause se ramènera alors à la formule :

$$\frac{P}{P_0} = \frac{I}{I_0}$$

En pratique, il semble qu'il y ait intérêt à prévoir qu'à une variation donnée de l'index ne correspondra qu'une variation inférieure du prix : la clause sera alors du type :

$$\frac{P}{P_0} = a + b \frac{I}{I_0}$$

Une variation de 10 % de I entraînera une variation de b % de P.

La rédaction des clauses d'index montre que la liaison entre l'index et le prix est susceptible de revêtir les modalités les plus diverses. La diversité cependant est plus apparente que réelle et les clauses d'index peuvent se ramener

à deux catégories générales : les clauses d'index simples, les clauses d'index avec prix de base.

1° *Les clauses d'index simples.* — Celles-ci se rencontrent assez fréquemment dans les baux ruraux. Le type en est la clause en denrées : il sera par exemple stipulé au contrat que le fermage sera égal à la valeur d'un certain nombre de quintaux de blé pris au cours de telle bourse et à telle date. A chaque échéance le prix à payer sera donné par une simple multiplication. Cette formule présente l'avantage d'une grande simplicité : elle ne donne pas lieu à des contestations sérieuses ; le montant du prix suit fidèlement toutes les fluctuations de la denrée choisie comme étalon. Mais elle est d'une extrême sensibilité : à toute variation de l'étalon correspond une variation proportionnelle du prix (1).

2° *Les clauses d'index avec prix de base.* — Dans la plupart des contrats il est stipulé expressément un prix de base. Celui-ci constitue un point de départ à partir duquel toutes les formules peuvent être imaginées pour adapter le prix aux variations de l'index.

La formule la plus simple est celle d'après laquelle à toute variation de l'index correspond une variation proportionnelle du prix. Les parties doivent tout d'abord se mettre d'accord sur un prix de base et sur la valeur initiale de l'index. Voici par exemple la clause d'un bail à ferme : il est stipulé un loyer de base de 10.000 francs. Au moment de la passation du contrat le prix du quintal de blé est de 125 francs. Les parties conviennent que le prix du loyer

(1) Elle se ramène en effet à la forme : $\frac{P}{P_0} = \frac{I}{I_0}$

variera proportionnellement au cours du blé. Si donc, à l'échéance d'un terme, le quintal de blé vaut 200 francs,

$$200$$

le fermage s'élèvera à $10.000 \times \frac{200}{700}$ soit 16.000 francs.

$$125$$

De même, dans un bail pour locaux d'habitation, les parties stipulent que « le loyer variera par rapport au loyer de la première année comme l'indice du coût de la vie par rapport à l'indice de base ». Les parties se sont mis au préalable d'accord sur le loyer de la première année (loyer de base) et sur la valeur de l'indice correspondant. Ainsi soit un loyer de 10.000 francs avec un indice de base de 700. Supposons que l'indice augmente et atteigne 770, le

$$770$$

loyer sera porté à $10.000 \times \frac{770}{700} = 11.000$ francs.

$$700$$

Toutes les formules de ce type se ramènent à l'équation :

$$P = I$$

$$\frac{P}{P_0} = \frac{I}{I_0}$$

$$P_0 \quad I_0$$

L'inconvénient est la très grande sensibilité de ces formules : à une variation de 10 % de l'index correspond en effet une variation de 10 % du prix. Aussi les parties recourent-elles à un autre type de clause qui permet de mieux doser l'influence des variations de l'index. Le prix se détermine alors en ajoutant ou en retranchant du prix de base une quantité variable appelée souvent terme correctif. La formule sera du type suivant : $P = P_0 + nI$ ou encore $P = P_0 + n(I - I_0)$ dans laquelle n est un coefficient dont le choix permet de faire varier la sensibilité de l'index

en diminuant ou en accroissant l'influence de l'élément variable dans la détermination du prix (1).

Voici une clause d'une convention collective : « L'augmentation ou la diminution en pourcentage des salaires est celle qui résulte de la variation en pourcentage des indices affectés du coefficient $2/3$ (2) ».

Supposons un salaire journalier de base de 50 francs. Si l'indice augmente de 10 %, le salaire est porté à 53 fr. 33. Si au lieu de $2/3$, on avait choisi le coefficient 1 la formule précédente aurait abouti à une variation strictement proportionnelle. Le salaire aurait été porté à 55 francs.

Voici quelques autres exemples de clauses.

Aux termes d'un avenant passé entre une société de distribution d'eau et une commune, il était convenu que pour chaque franc de hausse ou de baisse de la tonne de charbon par rapport à 200 francs, le prix de l'eau variera de 0,006. Cette clause peut se mettre sous la forme suivante : $P = P_0 + 0,006 (C - 200)$, C étant le prix de la tonne de houille. On peut déduire de cette clause, d'une part, que le charbon est le seul étalon de variation auquel les parties se réfèrent, et d'autre part, que le coefficient 0,006 représente l'influence d'une variation de 1 franc du prix du charbon sur le prix du mètre cube d'eau.

(1) Toutes ces formules peuvent s'écrire :

$$\frac{P}{P_0} = a + b \frac{I}{I_0}$$

si l'on pose :

$$a = 1 - \frac{n I_0}{P_0} \quad \text{et} \quad b = \frac{n I_0}{P_0}$$

(2) Syndicat patronal des Maisons d'alimentation à succursales multiples et Syndicat des Employés et Ouvriers, 19 décembre 1936.

Le contrat relatif aux transports automobiles du département de la Lozère (*J. Officiel* du 23 juillet 1931) porte que les tarifs varieront de 10 centimes par franc de variation de l'index. Le tarif sera donné par la formule:

$$T = T_0 + 0,10 (I - I_0)$$

dans laquelle T_0 représente le tarif de base et I_0 la valeur de l'index au moment du con-

P

trat. L'index se calcule comme suit : $I = 0,70 E + \frac{P}{1.000}$,

1.000

E étant le prix du litre d'essence et P le prix d'un pneumatique.

Le cahier des charges-type des distributions d'énergie électrique contient une formule analogue. L'article 11 dispose : « les tarifs maxima généraux s'entendent d'une situation économique conventionnellement caractérisée par la valeur I de l'index fixé par le Ministre d'après les prix de la houille, les dépenses de main-d'œuvre de l'industrie électrique et l'indice des prix de détail ; si la valeur de l'index s'écarte de la valeur caractéristique de base, il sera pendant une période correspondante ajouté ou retranché un terme correctif ». Celui-ci sera donné par une formule qui, précise le cahier des charges, sera établie dans chaque cas particulier, de manière à suivre le plus exactement possible les répercussions sur le prix de revient des variations des charges diverses incombant à l'entreprise (main-d'œuvre, dépenses d'entretien, combustibles, taux d'intérêt). En général on adoptera une formule telle que $T = n (I - I_0)$. « L'index I se définit : un nombre qui pour représenter conventionnellement la situation économique est calculée en fonction du prix de la tonne de houille C , de la dépense de main-d'œuvre M , de l'index des prix de détail D ». L'in-

dex haute tension aura pour formule $I = 0,75 C + 0,37 M + 0,07 D$.

Des clauses de ce type se rencontrent principalement dans les contrats administratifs : concessions, marchés de travaux publics ou de fournitures. On pourrait, s'il en était besoin, multiplier les exemples.

Les parties ne se contentent pas seulement de choisir une formule d'index, elles prévoient fréquemment, d'une part, des limites au jeu de l'index et, d'autre part, la révision de la formule.

1^o Au premier abord, il paraît logique d'assurer une concordance étroite entre les mouvements du prix et ceux de l'index : il paraît normal de prévoir qu'à toute variation de l'index (ou de la denrée choisie comme étalon) correspondra une variation du prix.

En pratique, cependant, certains contrats, et en particulier les concessions de service public, stipulent qu'il ne sera tenu compte des variations de l'index que si elles dépassent un minimum fixé à l'avance.

Voici par exemple ce que dispose le cahier des charges des transports automobiles de la Nièvre (*J. Officiel* du 26 juillet 1931) : l'index qui représente la dépense kilométrique a pour valeur initiale 0,90 : pour cette valeur, le tarif est de 32 centimes par kilomètre et par place. Il est prévu que pour une variation de 0,05 de l'index les tarifs seront majorés ou diminués de 5 %, mais tant que l'index restera compris entre les valeurs 0,75 et 1,05 les tarifs ne subiront aucune variation.

Une disposition analogue figure au cahier des charges des distributions d'énergie électrique (basse tension). Le

terme correctif ne s'ajoute au tarif maximum de base ou ne s'en retranche que si l'index varie de plus de 10 %.

De même, la plupart des conventions collectives qui instituent un système d'échelle mobile portent que le salaire ne variera en fonction de l'indice du coût de la vie que si celui-ci varie de plus d'un certain pourcentage, 5 % en général.

Certains baux prévoient également que les variations ne seront appliquées que pour des variations de l'indice du coût de la vie de 10 % ou de multiples de 10 %. On obtient alors une variation par paliers.

Que signifient ces diverses stipulations ? Il semble que, dans l'esprit des parties, elles aient pour objet de fixer l'amplitude de l'aléa normal que tout contrat comporte. Elles ont leur origine dans les modalités de l'application de la théorie de l'imprévision édictée par le Conseil d'Etat pour les contrats publics. Le droit à indemnité du fait de charges extra-contractuelles est en effet doublement limité. D'une part, l'indemnité n'est due à raison de l'imprévision que si le bouleversement du contrat dépasse un certain degré. D'autre part, l'indemnité allouée par le juge ne couvre pas intégralement le concessionnaire de ses charges extra-contractuelles : si celles-ci doivent être supportées pour une grande part par le concédant, il a paru utile et raisonnable de laisser à la charge du concessionnaire une fraction des charges extra-contractuelles. La ventilation ainsi opérée par le juge pourra faire supporter par le concessionnaire une part de ces charges pouvant aller jusqu'à 10 ou 20 %.

2° Les clauses d'index comportent au surplus des procédures de révision qui sont particulièrement nécessaires si la clause doit s'appliquer pendant une longue période.

L'étude théorique des index a montré, en effet, que leur emploi ne demeurerait justifié que si les variations ne dépassaient pas certaines limites et si les conditions de la production et des échanges restaient relativement stables. Il se peut que des améliorations techniques importantes viennent modifier les influences respectives des divers éléments du prix de revient. Voici, par exemple, un index d'une concession gazière dont la valeur est fonction du salaire et du prix du charbon. Au moment où est établi l'index, le salaire et le charbon entrent dans une proportion déterminée du prix de revient. Si une amélioration technique survient diminuant l'incidence des dépenses de main-d'œuvre sur le prix du gaz, l'index ne traduit plus alors fidèlement les variations du prix de revient. Il est trop sensible aux modifications du salaire et pas assez à celles du coût du charbon. Il convient donc de prévoir des révisions de la formule d'index qui auront pour objet d'adapter les coefficients à la situation économique et aux conditions techniques nouvelles et de rectifier, s'il y a lieu, les erreurs qui auraient pu se glisser dans l'établissement de l'index et que son application pratique aurait pu révéler.

La plupart des contrats de concessions organisent des procédures de révision.

Les contrats relatifs aux distributions d'énergie électrique prévoient la révision du terme correctif et du tarif maximum de base. En général, il est stipulé que cette révision aura lieu d'abord, après une période d'essai de 18 mois à 2 ans, puis à des intervalles plus longs, 5 ans par exemple ; en outre, des révisions exceptionnelles auront lieu lorsque l'index variera de plus de 50 %.

Dans d'autres contrats de concession, le droit de demander la révision, tout en étant expressément prévu, n'est pas

précisé : il en résulte des difficultés d'application. Dans le contrat de concession du service de l'éclairage au gaz dans la ville de Bône figurait une clause d'après laquelle le prix de vente du mètre cube de gaz devait être majoré par le jeu d'une échelle mobile : il était également stipulé que « si, par suite de circonstances économiques nouvelles, la formule de majoration venait à s'écarter sensiblement de l'équité, chacune des parties aurait le droit d'en demander la révision... ». Le Conseil d'Etat a estimé que le droit de révision n'était ouvert qu'en cas de modifications profondes des conditions d'exécution du contrat (Cons. d'Etat, 6 décembre 1935, Compagnie du Bourbonnais, *Rec.*, p. 1147).

Lorsque la révision est prévue, elle s'effectue d'un commun accord. Si les parties ne peuvent pas s'entendre, il est fréquemment stipulé qu'une Commission sera saisie de la révision. Mais une disposition de cet ordre n'a qu'une portée restreinte en droit administratif : le Conseil d'Etat a en effet jugé qu'elle avait seulement pour résultat d'obliger les parties à soumettre d'abord leurs différends à la Commission prévue, mais qu'elle ne faisait pas obstacle à ce que les parties saisissent ensuite le juge du contrat. C'est donc en définitive ce juge qui, à défaut d'accord entre les parties, va procéder à la révision de l'index : ses pouvoirs, qui sont d'un exercice délicat, sont particulièrement étendus (Conseil d'Etat, Ville de Bergerac, 6 décembre 1935, S. 1936.3.65).

Dans quelques baux, au lieu de prévoir une révision, il est stipulé que le bail sera résilié.

C'est ainsi qu'une clause d'index comportait la disposition suivante : « Si, par suite du jeu de cette clause, il apparaît que le loyer de la prochaine année de bail sera en augmentation ou en diminution sur celui de l'année en cours, les parties auront la faculté réciproque de donner

congé. Il est certain en effet que les parties peuvent redouter les conséquences, peut-être lourdes, qui découlent du jeu de la clause d'index, d'autant plus que, pour beaucoup de locataires, un accroissement de l'indice du coût de la vie ne traduit pas une augmentation des revenus. Aussi, en prévoyant la résiliation du bail, les parties se donnent-elles la possibilité de discuter à nouveau les conditions du contrat et de tenir compte de la situation particulière du locataire et de l'état du marché des locaux à louer.

CHAPITRE IV

LES APPLICATIONS DES CLAUSES D'INDEX

Le présent chapitre a pour objet d'étudier quelques clauses d'index qui figurent dans certains contrats privés ou publics.

1^{er} *Exemple.* — Clause d'index dans un contrat de fermage

Une exploitation principalement consacrée à l'élevage a fait l'objet d'une location. Le bail comportait une clause d'index ainsi libellée : les parties conviennent d'un fermage de 10.000 francs payable en deux semestres égaux de chacun 5.000 francs. Ce fermage est susceptible d'augmentation ou de diminution suivant le cours de la viande : « Au cas où le cours moyen de 100 kgs de viande de bœuf poids vif, 1^{re} qualité, d'après le marché de la Villette à Paris, pendant les 6 mois qui précèdent chaque échéance, viendrait à dépasser le cours actuel supposé être de 550 francs, que les parties ont d'un commun accord pris pour base de la fixation du fermage à 10.000 francs, le semestre de fermage serait relevé de 7 fois $1/2$ la différence en francs entre le cours moyen dont il s'agit et le cours actuel de 550 francs... ».

Ainsi une augmentation ou une diminution de 100 francs sur le cours moyen de la viande donnera lieu à un accroissement du fermage de 750 francs sur le semestre.

Le contrat stipule en outre qu'en aucun cas le loyer annuel ne pourra descendre au-dessous de 3.000 francs.

Cette clause appelle les observations suivantes : tout d'abord, elle stipule comme élément variable une denrée dont le cours présente une importance spéciale pour le fermier : son activité est en effet essentiellement tournée vers l'élevage. Les variations du prix de la viande ont une incidence directe sur les résultats de son exploitation. Il pourra donc supporter aisément les hausses de son fermage.

Au point de vue technique, cette clause comporte un prix de base auquel s'ajoute un terme correctif. Le prix de base est le loyer initial de 10.000. La valeur de base de la viande est 550.

La formule donnant le fermage annuel est : $F = 10.000 + 15(V - 550)$ dans laquelle V représente le cours moyen des 100 kgs de viande.

$$\text{Elle peut s'écrire aussi : } \frac{F}{F_0} = 0,175 + 0,825 \frac{V}{V_0}$$

si l'on appelle F_0 le fermage de base et V_0 le cours de base de la viande. Sous cette forme on voit que les variations du fermage sont moins sensibles que les variations du cours de la viande : si le prix de la viande varie de 10 %, le fermage varie de 8,25 %.

La clause comporte en outre un minimum de fermage, mais elle ne prévoit aucun maximum. La détermination d'un minimum se justifie par l'existence de charges fixes supportées par le propriétaire.

Le raisonnement qui a servi à l'établissement de la clause est le suivant : le fermage de 10.000 francs comprend d'une part le fermage de 1914 soit 3.000 francs, d'autre part une plus-value locative de 7.000 francs. De même,

le prix des 100 kgs de viande peut se décomposer en un prix ancien soit 90 francs en 1914 et en une plus-value de 460 francs. Ainsi, à une plus-value de la viande de 460 francs, correspond une plus-value de 7.000 francs du fermage. Chaque franc de variation de la viande correspond à

$$7.000$$

une variation du fermage annuel de $\frac{7.000}{460}$ soit approxi-

$$460$$

mativement 15, c'est-à-dire $7 \frac{1}{2}$ par semestre.

2° *Exemple.* — Clause d'index dans un bail.

Une importante société propriétaire d'immeubles a introduit dans ses baux commerciaux une clause d'indice.

Il est stipulé que les parties reconnaissent la nécessité de maintenir le loyer en harmonie avec l'indice pondéré des prix de détail des treize articles de ménage publié par le « *Bulletin de la Statistique Générale de France* ».

Les parties se mettent tout d'abord d'accord sur le loyer de base, c'est-à-dire le loyer de la première année.

Elles prennent un indice de base : celui-ci est la moyenne de trois indices mensuels.

Elles choisissent comme indice de comparaison pour chacune des années de bail autre que la première, la moyenne des indices des septième, huitième et neuvième mois de l'année de bail précédente.

Le loyer variera par rapport au loyer de la première année comme l'indice de comparaison par rapport à l'indice de base. Ainsi lorsque l'indice variera de 10 %, le loyer variera également de 10 %.

Cependant il est stipulé que « les variations ne porteront effet et ne seront appliquées que par palier de 10 % ».

Supposons un loyer de base de 10.000 fr. et un indice de base de 700 : le loyer reste constant tant que l'indice

de base ne varie pas de plus de 10 %. Lorsque l'indice atteint 770 ($700 + 10\%$) le loyer est porté à 11.000. Il demeure à ce chiffre tant que l'indice n'atteint pas 840 ($700 + 20\%$), mais dès que l'indice vaut 840 le prix du loyer est porté à 12.000 fr.

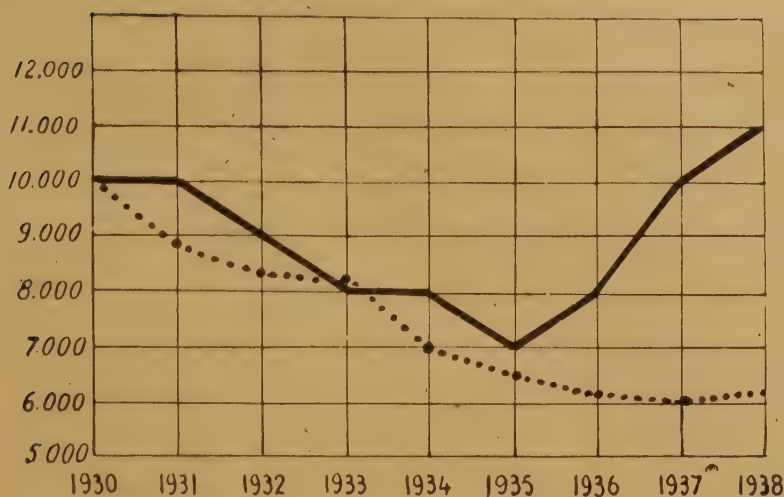
Enfin les parties conviennent qu'à défaut de publication officielle de l'indice, celui-ci sera déterminé par un arbitre désigné par les parties ou nommé à défaut d'accord par le Président du Tribunal.

L'ensemble de cette clause est très simple. Elle aboutit à une variation du loyer rigoureusement proportionnelle à la variation de l'indice (i). Il en résulte une très grande sensibilité de la clause. Il convient toutefois d'observer la variation s'opérant par palier, il y a un certain retard à l'adaptation du loyer au niveau de l'indice. Ce retard profite au locataire lorsque l'indice s'élève, il profite au propriétaire lorsque l'indice s'abaisse.

Le fait de prévoir un recours à un arbitrage dans le cas où l'indice des 13 articles ne serait pas publié, constitue une très utile précaution.

Nous rapportons au tableau suivant les résultats de l'application de cette clause à un bail conclu en 1930 sur la base de 10.000 francs. En pointillé figure les variations de la valeur moyenne des locaux commerciaux telle qu'elle résulte de l'état du marché : on peut constater la discordance qui existe depuis 1935 entre le loyer fixé par le bail et le loyer moyen.

(1) La clause se ramène à la formule
$$\frac{P}{P_0} = \frac{I}{I_0}$$



3^e Exemple. — Clause d'échelle mobile des salaires

La convention collective du travail pour l'industrie de la chaussure du 11 décembre 1936 réglemente de la façon suivante l'ajustement des salaires.

Les parties conviennent tout d'abord de réajuster les salaires à un certain taux. Elles stipulent ensuite qu'il sera « ajouté aux salaires ainsi alignés une indemnité horaire du coût de la vie ».

Cette indemnité est basée sur l'indice officiel du coût de la vie du département de la Seine (Budget type d'une famille de 4 personnes ; base 100-en 1930). Le point de départ est l'indice du 1^{er} juin 1936 soit 82,61.

L'indemnité horaire varie suivant la catégorie à laquelle appartient le salarié. Pour un homme elle est de 4 centimes pour une variation de l'indice de 1 %.

Cette indemnité est calculée le 15 avril et le 15 octobre de chaque année mais le 15 juillet et le 15 janvier l'indemnité pourra être modifiée si l'indice varie de 2 1/2 p. 100 ou plus.

Cette clause d'échelle mobile est très sensible : toute

variation de l'indice a une influence sur le salaire. En outre, les parties cherchent à ce que l'adaptation des salaires au coût de la vie se fasse sans aucun retard : elles y parviennent en prévoyant le calcul de l'indemnité de vie chère d'une part tous les 6 mois, d'autre part tous les 3 mois si l'indice varie de plus de 2 1/2 p. 100.

4^e Exemple : Les index économiques des concessions d'énergie électrique.

Depuis 1919 la plupart des cahiers des charges des distributions d'énergie électrique comprenaient à côté d'un tarif de base fixe un élément variable, ou terme correctif, dont la valeur est fonction d'un index économique. Le Ministre des Travaux publics publiait périodiquement deux index : l'un pour la haute tension, l'autre pour la basse tension.

Jusqu'en 1925 les parties sont restées libres d'introduire dans les cahiers des charges une clause d'index ou au contraire de stipuler des tarifs invariables. Mais le cahier des charges type approuvé par le décret du 28 juin 1921 comportait une clause de révision des tarifs. Aussi en fait toutes les concessions accordées depuis 1921 contenaient-elles des clauses d'index mais il restait possible de choisir un index quelconque, soit l'index ministériel, soit un index établi par les parties.

La loi du 25 février 1925 a rendu obligatoire l'application des clauses de révision insérées à l'article 11 du cahier des charges type à tous les tarifs de vente de l'énergie électrique alors même que la concession résulterait d'un traité antérieur à cette loi.

Le décret-loi du 17 juin 1938 restreint la liberté des parties en ce qui concerne le choix de l'index. Il impose l'index électrique fixé par le ministre pour toutes les conces-

sions nouvelles de distribution. Il prescrit, en outre, de substituer à tous autres index les index ministériels à l'occasion de toute prolongation de concession ou de toute révision des tarifs de base. Ainsi à bref délai l'index ministériel sera seul employé.

En définitive, toutes les concessions de distributions d'énergie électrique doivent comporter une clause d'index et se référer aux index établis par le Ministre.

Les index électriques officiels ne comprenaient à l'origine que deux éléments : le salaire et le prix de la tonne de houille.

Ils se définissaient par la formule :

$$I = C + \frac{S}{S_0} - 1$$

dans laquelle C était le prix de la tonne de houille pour une région, S le salaire moyen horaire des agents de production et de distribution d'énergie électrique pour l'ensemble du territoire, S_0 la valeur de ce salaire en 1918 ($S_0 = 1,12$), un coefficient égal à 25 pour la haute tension et 60 pour la basse tension.

Cet index a soulevé des critiques : d'une part il y avait de fréquentes divergences entre les prix du charbon entrant dans l'index et les prix effectivement payés par les entreprises.

D'autre part par suite de l'extension de la production d'énergie électrique d'origine hydraulique, l'index était trop sensible aux variations du prix du charbon.

Le cahier des charges type approuvé par un décret du 11 avril 1937 introduit une nouvelle formule pour la détermination de l'index. La valeur de l'index est fonction de

trois éléments : le prix du charbon, le salaire et l'indice D des prix des détails (indice officiel des 34 articles).

Les index s'établissent comme suit :

pour la basse tension $I = 0,75 C + 1,00 M + 0,20 D$.

pour la haute tension $I = 0,75 C + 0,37 M + 0,70 D$.

Le prix de la tonne de houille C est un prix moyen établi par le Ministre d'après le prix des houilles normalement consommables par un industriel.

Le nombre M est le quotient des dépenses en salaires et charges de personnel des entreprises de production et de distribution d'électricité par la consommation d'énergie exprimée en 1.000 kwh.

D est la moyenne de l'indice des prix de détail de 34 articles dans trois cents villes de France.

Le jeu de l'index est prévu par l'article 11 des cahiers des charges.

Les tarifs maxima de base sont établis pour une situation économique caractérisée par la valeur I_0 de l'index.

Si la valeur de l'index s'écarte de plus de 10 % de la valeur caractéristique de base, il sera ajouté ou retranché un terme correctif donné par une formule établie dans chaque cas d'espèce de façon à suivre le plus exactement possible la répercussion sur le prix de revient des variations des charges diverses incombant au concessionnaire. En général la formule utilisée sera du type : $T = n (I - I_0)$ dans laquelle n est un coefficient variable suivant l'entreprise et calculé de façon différente selon qu'il s'agit de courant d'origine hydraulique ou thermique : pour l'énergie hydraulique n sera choisi de telle sorte que les variations de l'index soient moins sensibles. Jusqu'en 1934 la valeur I_0 était égale à 100 en haute tension et 130 en

basse tension. Depuis lors, I_0 est déterminée au moment de l'établissement du cahier des charges.

Enfin les tarifs de base et le terme correctif peuvent être révisés dans deux cas : d'une part si l'index accuse une variation supérieure à un pourcentage déterminé, d'autre part, si un certain délai s'est écoulé depuis l'établissement de la clause de révision.

Les clauses d'index des concessions de distribution d'énergie électrique appellent les observations suivantes :

Tout d'abord leur rédaction est précise et ne laisse place à aucune ambiguïté : le mécanisme de la clause est pleinement satisfaisant.

L'index soulève quelques réserves : il ne suit que de façon très imparfaite les variations des charges réelles de l'entreprise. Les variables sont extérieures à l'entreprise : elles ne traduisent que des prix moyens et des salaires moyens et non les prix et les salaires effectivement payés par le concessionnaire. En outre le même index s'applique à toutes les concessions d'énergie électrique sans qu'une distinction soit faite entre les entreprises utilisant de l'énergie d'origine hydraulique ou celles qui utilisent l'énergie thermique. Aussi la clause d'index ne réalise-t-elle qu'une adaptation très approximative des tarifs aux conditions économiques nouvelles bien que dans la formule du terme correctif on essaye de tenir compte de la situation de l'entreprise considérée en choisissant le coefficient n .

Il convient de signaler qu'il appartient au Ministre de fixer périodiquement la valeur de l'index : or depuis la guerre de 1939-40 le Secrétariat d'Etat à la Production industrielle n'a publié aucune nouvelle valeur de l'index,

L'article 11 des cahiers des charges est donc pratiquement suspendu.

Il y a là une situation anormale au point de vue juridique : elle s'explique toutefois par un souci d'ordre économique : maintenir les prix au taux de 1939.

Discussion de la formule applicable aux tarifs. — En appelant P le tarif maximum et P₀ le tarif de base, on a les deux équations :

$$R = P_0 + n (I - I_0)$$

$$I = a C + b M + c D$$

on en déduit l'équation suivante :

$$\frac{P}{P_0} = k + U \frac{C}{C_0} + V \frac{M}{M_0} + w \frac{D}{D_0}$$

en posant : $k = 1 - \frac{P_0}{n I_0}$

$$U = \frac{P_0}{n a C_0}$$

$$V = \frac{P_0}{n b M_0}$$

$$w = \frac{P_0}{n c D_0}$$

$$k = 1 - \frac{P_0}{n I_0}$$

On constate que :

$$k + U + V + w = 1$$

L'équation générale se présente sous la forme de l'équation théorique étudiée plus haut : on remarquera qu'elle ne fait pas intervenir un terme représentatif des charges financières.

Celles-ci sont donc considérées comme constantes.

Sensibilité de la formule. — Le coefficient n varie suivant la nature des concessions et suivant les tranches du tarif. Il est établi de telle sorte qu'une variation de 10 % de l'index entraîne une variation des tarifs (1^{re} tranche) de l'ordre de 3 à 5 %. On voit ainsi que l'incidence de l'index sur les tarifs est faible.

III^e PARTIE

Problèmes économiques soulevés par les index

Les clauses d'index déterminent les prix des prestations prévues dans les contrats. Ce sont des clauses de prix ; et à ce titre, elles ont une incidence sur la vie économique du pays.

Le problème des prix est en effet un problème essentiel de l'économie moderne. Sa portée est non seulement purement économique, mais aussi sociale. Il se lie étroitement au problème monétaire, car les variations des prix traduisent les variations de la valeur de la monnaie, de son pouvoir d'achat.

Ainsi les clauses d'index ont des répercussions économiques qui concernent à la fois les prix et la monnaie.

I

LES CLAUSES D'INDEX ET LES PRIX

La clause d'index a pour effet immédiat de modifier les prix des prestations ou des services prévus au contrat. Le but même que les parties poursuivent en introduisant dans leur convention un index économique, est précisément d'éviter la fixité des prix contractuels et d'instituer des prix

variables, adaptés en principe à une situation économique caractérisée par l'index.

Si donc l'emploi des clauses d'index se généralise dans les relations contractuelles, il devient naturel que l'ensemble des prix s'en trouve touché : la clause d'index a une influence sur les mouvements des prix.

Cette incidence est difficile à préciser, parce que les contrats qui peuvent comporter un index sont d'une grande diversité et qu'en outre, les buts poursuivis par les parties contractantes ne sont pas identiques. Quelques-unes, en effet, cherchent — et c'est le cas en matière de contrats administratifs — à se prémunir contre les variations du coût de production ou du prix de revient : elles veulent surtout que le profit reste stable. D'autres — et c'est le cas général en droit privé — cherchent d'abord à se mettre à l'abri des variations générales des prix, c'est-à-dire se soustraire aux conséquences des modifications du pouvoir d'achat de la monnaie.

La complexité du problème de l'influence des index sur les prix résulte des aspects multiples et contradictoires que revêt cette influence. Au surplus, les clauses d'index étant restées relativement rares, l'expérience de leur emploi ne fournit pas des données précises.

Il semble qu'on puisse dégager trois aspects essentiels de l'incidence des index sur les prix.

★★

Un premier aspect apparaît dès l'abord : la clause d'index a pour effet de mettre un prix particulier ou individuel au niveau des prix moyens sur le marché français.

Dans toute économie, qu'elle soit libérale ou dirigée par l'Etat, on constate que la plupart des prix des produits ou

des services ont des mouvements analogues et varient dans le même sens.

La comparaison entre un indice général et un indice particulier, qui traduit les variations des prix d'un produit ou d'un service déterminé, montre qu'il y a une concordance au moins approchée entre les deux indices. Ce fait s'explique par l'interdépendance des différents marchés et par l'emploi d'un seul étalon des valeurs. Il comporte cependant des exceptions.

L'adaptation d'un prix particulier au prix moyen se fait dans des conditions qui varient avec le mode de détermination du prix. C'est ainsi que l'existence d'un contrat dont l'exécution s'étend sur une longue période, peut retarder cette adaptation ; il cristallise, en effet, pendant un temps déterminé, le prix d'une denrée ou d'un service. C'est au moment où le contrat se renouvelle que les parties conviennent d'un nouveau prix correspondant à la situation économique.

Dans un bail, par exemple, le loyer reste fixe et invariable pendant toute la durée de la location. A l'origine, le loyer a été établi d'après le cours des loyers moyens pratiqué lors de la conclusion du bail : à mesure que le bail s'exécute, il peut se produire une différence entre le loyer prévu au bail et le niveau moyen de l'ensemble des loyers. Dans une économie instable avec des prix essentiellement mouvants, cette différence pourra prendre une certaine ampleur.

Si le contrat comporte une clause d'index, le problème ne se pose plus de la même façon. Le prix inscrit au contrat n'est plus fixe, il devient variable, et ses variations sont commandées par celles d'un index choisi par les parties. Alors qu'il ne s'adaptait au prix moyen qu'au moment où les parties discutaient à nouveau les termes de leur contrat,

il suit de façon constante les variations économiques caractérisées par l'index.

Ainsi, grâce à l'index, l'adaptation du prix inscrit au contrat au prix moyen, est à la fois automatique et continue. Mais si elle est rapide, elle n'est pas immédiate : il y a un décalage inévitable entre les modifications de la situation économique et la variation du prix contractuel.

Un premier délai résulte de la périodicité de l'index. L'idéal serait que l'index traduise à tout moment la situation économique. En pratique, l'index ne représente pas la situation présente ; il fait ressortir les variations d'une période écoulée. Il n'est établi que périodiquement, ce qui suppose des variations faibles et continues des conditions économiques. Pour la plupart des indices officiels, l'établissement et la publication ont lieu tous les mois ou tous les trois mois. Les index qui figurent dans les contrats administratifs sont, aux termes mêmes des contrats, calculés tous les six mois ou tous les ans ; en particulier, l'index électrique publié par le ministre des Travaux publics était établi par trimestre ou par semestre. Si les variations des prix sont très rapides, il devient nécessaire pour conserver à la clause d'index tout son intérêt, d'accroître la périodicité de l'index.

Le problème s'est posé notamment en matière de salaire lorsqu'il est stipulé une clause d'échelle mobile d'après l'indice du coût de la vie. Tous les pays qui ont souffert d'une forte dépréciation monétaire, ont été amenés à transformer les indices mensuels du coût de la vie en indices hebdomadaires. C'est ainsi qu'en Allemagne, où l'emploi des clauses d'échelle mobile était très répandu pour les salaires, il avait ajouté à partir de 1923 à l'indice mensuel du coût de la vie un indice hebdomadaire calculé grâce à

un relevé rapide effectué chaque semaine dans 70 localités d'importance et de caractère différents. La substitution d'un indice hebdomadaire à un indice mensuel diminue la dépréciation du salaire réel de l'ouvrier ; l'expérience a montré que cette dépréciation était ramenée de 9 à 2 p. 100.

En outre, un autre délai s'ajoute au précédent. Il s'écoule un certain temps entre le moment où l'indice est arrêté et le moment où il est publié. Il faut évidemment que l'indice soit mis rapidement à la disposition du public ; c'est-à-dire qu'il soit calculé et publié le plus vite possible. Mais quels que soient les progrès réalisés en ce domaine, ce laps de temps ne saurait être réduit à rien ; il est d'ailleurs inévitable.

Ainsi, malgré la clause d'index, la variation des prix contractuels est en retard sur la variation des conditions économiques. Ce retard, sans influence sensible en période normale, présente de graves inconvénients lorsque les mouvements des prix sont d'une extrême amplitude. En Allemagne, au cours de l'année 1923, les syndicats et le gouvernement avaient cherché à soustraire les salaires aux conséquences de ce retard. Lorsqu'en effet, l'augmentation du coût de la vie devient très rapide, la dépréciation du salaire réel résulte de multiples facteurs : en particulier, le paiement du salaire ne s'opère pas immédiatement ; il s'écoule un délai entre le calcul du salaire de l'ouvrier d'après le coût de la vie et la paye. Pendant ce délai, on a observé en Allemagne, une diminution du salaire réel pouvant atteindre 10 ou 20 %. Au surplus, il y a en matière de salaire un délai inévitable : c'est celui qui s'écoule entre le jour où l'ouvrier touche son salaire et le jour où il l'emploie à la satisfaction de ses besoins. On a atténué cet inconvénient en diminuant l'intervalle séparant deux payes

successives. Bien plus, les organisations syndicales allemandes ont décidé que le salaire serait fixé d'après le coût de la vie au moment de la dépense. A cet effet, on évalue ce que pourrait être l'augmentation du coût de la vie, et l'on verse à l'ouvrier un salaire provisoire. Ultérieurement, on détermine le salaire définitif d'après le coût de la vie au moment supposé de la dépense : la différence des deux salaires s'ajoute ou se retranche d'une paye postérieure.

Si la clause d'index réalise une adaptation des prix des prestations prévues au contrat aux prix généraux, elle peut aboutir également à créer une discordance entre les prix qu'elle sert à déterminer et les prix normaux qui résultent de l'équilibre du marché. De ce fait, un des contractants peut retirer du contrat un profit exceptionnel.

Lorsque les parties choisissent un indice en rapport avec la nature de leur activité, de tels inconvénients ne se produisent pas. Il en est ainsi en droit administratif, où les index font en général ressortir les variations du prix de revient ou du coût de production : l'adaptation de la rémunération du concessionnaire ou du fournisseur au prix de revient est pleinement justifiée au point de vue économique et social ; elle aboutit en fait à établir une certaine stabilité du profit.

Il en est de même en droit privé, lorsque l'index traduit la plus ou moins grande activité des contractants. Lorsque dans un fermage, il est introduit une clause de variation d'après le cours d'un produit agricole, on peut dire qu'il y a une corrélation entre la valeur du fermage déterminée par la clause d'indice et sa valeur réelle pour l'exploitant :

la capacité de paiement du fermier dépend en effet du prix de vente des produits de la ferme.

Lorsque dans un bail commercial, il est stipulé que le loyer variera d'après l'indice des prix de détail, on peut admettre que le volume des affaires de l'industriel ou du commerçant locataire suit sensiblement les mouvements de l'indice. Il n'y a là, sans doute, qu'une approximation, mais en fait il semble bien que dans l'hypothèse d'une hausse de l'indice de détails, le preneur pourra supporter aisément une augmentation de son loyer.

Il n'en est plus de même lorsque l'indice choisi est sans rapport avec la nature du contrat.

C'est ainsi que dans les baux des locaux à usage d'habitation, le choix comme index de l'indice des prix de détail soulève des difficultés pratiques. Si l'on suppose une hausse du coût de la vie, le loyer, par le jeu de la clause d'indice, s'élève. Or le preneur a bien souvent des revenus sensiblement constants : c'est un fonctionnaire, un employé, un rentier. Une augmentation du coût de la vie ne traduit nullement un accroissement de ses revenus. De son côté, le bailleur a des charges à peu près constantes. Les charges financières demeurent fixes. Seules suivent approximativement le coût de la vie, les dépenses d'entretien ; or celles-ci, pour un immeuble d'ancienneté moyenne, sont faibles au regard de l'amortissement du capital immobilisé.

Dès lors, une augmentation du loyer par suite du jeu de l'indice constitue une charge d'autant plus lourde pour le preneur, qu'elle survient en même temps que l'accroissement général du coût de la vie. Inversement, une baisse des prix en provoquant une diminution du loyer accroît le revenu réel du preneur, alors que le bailleur dont les char-

ges demeurent fixes, ne retire plus de son immeuble qu'un profit amoindri.

Au surplus, ces variations du loyer dans le sens de la hausse ou de la baisse sont sans rapport direct avec la valeur effective qui résulterait de la loi de l'offre et de la demande.

La conséquence pratique d'un tel état de choses est de détourner les parties d'employer un indice dans un bail à usage d'habitation. En période de dépréciation monétaire et de hausse des prix, le bailleur profite du jeu de la clause d'index mais le preneur s'y montre hostile. Il a pu l'accepter lorsqu'il signait le bail, mais lorsqu'il constatera chaque année une augmentation du loyer, il mettra de la mauvaise volonté à l'exécuter, d'autant plus que le loyer est considéré d'habitude comme une charge fixe, connue à l'avance et à partir de laquelle peut s'établir le budget familial. Par suite, l'emploi des clauses d'index dans les baux des locaux à usage d'habitation paraît se restreindre. Plutôt que d'insérer une telle clause dans un bail, clause dont l'exécution soulèvera des difficultés de la part du preneur, le bailleur préférera conclure des baux de durée très limitée. Il semble qu'on éviterait ces inconvénients si au lieu de choisir un indice des prix de détail, les parties se mettaient d'accord sur un indice qui traduirait le coût des dépenses d'entretien de l'immeuble. On pourrait également, tout en conservant l'indice des prix de détail, établir une clause qui rendrait le loyer moins sensible aux variations des prix : on conviendrait par exemple qu'une variation de l'indice de 10 % déterminerait une variation du loyer de 2 ou 3 %, correspondant à la variation des charges d'entretien de l'immeuble.

Le problème se pose avec une certaine analogie pour les

salaires. Les clauses d'échelle mobile qui affectent les salaires sont fondées sur l'indice du coût de la vie. Celles qui faisaient varier le salaire en fonction des résultats de l'entreprise sont devenues extrêmement rares.

Pour l'entrepreneur, le salaire est un élément du prix de revient, il a une valeur propre au point de vue économique qui résulte de la loi de l'offre et de la demande et qui s'établit en fonction de la valeur de ce que produit l'ouvrier.

Avec le jeu d'une clause d'index, le salaire ne dépend plus du marché du travail, de la valeur et du volume des quantités produites. Il devient une rémunération équitable qui permet d'assurer en toutes circonstances la satisfaction des besoins normaux de l'ouvrier.

Ainsi l'adaptation automatique des salaires au coût de la vie se rattache à la théorie du pouvoir d'achat ; le but de l'index n'est pas tant d'élever les salaires que de conserver leur pouvoir d'achat. Il s'agit moins d'améliorer la situation de l'ouvrier que d'éviter qu'elle ne s'aggrave. La clause d'index fait ressortir la primauté reconnue à la consommation sur la production ; le salaire est considéré plus comme un revenu monétaire, comme de la consommation en puissance, que comme un facteur de la production.

Il semble, au premier abord, que la fixation des salaires, d'après le coût de la vie, présente peu d'inconvénients pour les entreprises. Une hausse des prix se traduit, en effet, pour beaucoup d'industriels et de commerçants par un accroissement du chiffre d'affaires et une augmentation des bénéfices. L'entreprise paraît donc devoir supporter avec aisance les charges nouvelles qui résulteront de la hausse des salaires provoquée par le jeu de la clause d'échelle mobile. Il semble équitable que les ouvriers conservent un

salaire réel invariable puisqu'en période d'inflation les profits des entreprises sont plus élevés.

En réalité, le principe de l'échelle mobile des salaires présente de sérieux dangers.

Au regard de l'entreprise, il est à craindre que si les ouvriers sont fortement organisés au point de vue syndical, l'échelle mobile ne joue que dans un sens et que, dans l'hypothèse d'une baisse des prix, les ouvriers ne résistent à une diminution de leur salaire.

Au regard de l'économie générale, il est vain de ne considérer que le revenu monétaire de l'ouvrier. Le véritable revenu d'un individu comme d'une nation est constitué par sa valeur de production : l'aspect économique du salaire est fondamental : il est le prix de services rendus et l'ouvrier ne peut recevoir que la valeur de ce qu'il produit. Une hausse des prix ne saurait être combattue que par une production accrue : si les quantités produites n'augmentent pas, il importe peu que l'ouvrier reçoive en vertu de l'échelle mobile un salaire nominal plus élevé puisque les quantités qui s'offrent à lui demeurent inchangées. Si la production diminue, malgré l'échelle mobile, la situation de l'ouvrier devient moins bonne. Si elle augmente, sa situation s'améliore, que le salaire soit fixe ou variable.

Ainsi envisagée dans son action sur l'économie nationale, la clause d'échelle mobile des salaires ne résoud pas le problème fondamental du niveau de vie des travailleurs : celui-ci repose dans le régime de la production.

Si l'on envisage l'incidence des clauses d'index non plus sur un prix particulier, mais sur l'ensemble des prix, il faut alors constater que leur emploi généralisé tend à accroître

les oscillations des prix. Pourtant, au premier abord, il semble que les clauses d'index doivent être des facteurs de stabilité.

Il n'est pas douteux, en effet, qu'elles aboutissent à maintenir une certaine équivalence entre les diverses obligations qui s'imposent aux contractants. Elles évitent, en période de dépréciation monétaire la ruine totale du créancier. Elles assurent une certaine stabilité du profit ; cela apparaît dans les contrats administratifs et notamment dans les concessions : l'index caractérise le prix de revient et la rémunération du concessionnaire varie dans le même sens que le prix de revient. Dès lors, le profit présente une certaine constance : le concessionnaire est assuré d'avoir un bénéfice normal dont le maintien est nécessaire à l'équilibre financier de son contrat. De même, l'échelle mobile des salaires maintient le niveau de vie des ouvriers en les faisant bénéficier d'un salaire dont le pouvoir d'achat demeure identique à lui-même.

Ainsi les clauses d'index stabilisent les revenus de certaines catégories de personnes : salariés, bailleurs d'immeubles, concessionnaires... Cette stabilisation du revenu est un facteur de paix sociale : elle cristallise une situation donnée, elle maintient l'équilibre existant.

Si une crise économique vient à se produire, la généralisation des clauses d'index permet dans une certaine mesure d'en atténuer la gravité. Ceci apparaît si la crise est due à la sous-consommation : le maintien du pouvoir d'achat d'une partie de la population doit éviter une restriction trop grave de la consommation. En outre, en cas de baisse des prix, le jeu de l'index diminue les charges de l'entreprise. Il provoque, en effet, la baisse des salaires, la réduction des loyers, la diminution du prix de certaines

prestations (gaz, électricité...). Il maintient malgré la baisse des prix la rentabilité de l'entreprise : la durée de la dépression économique en sera abrégée.

A l'inverse, en période de hausse des prix et de hausse des index, le profit des entreprises n'augmente pas dans de fortes proportions puisque par le jeu des index, leurs charges — et notamment les salaires — deviennent plus lourds. Dès lors il semble que le développement de nouveaux investissements soit entravé et que le danger d'une surcapitalisation excessive disparaisse. Le jeu de l'index prévient alors la crise à venir.

Ainsi la généralisation des clauses d'index conduit à une certaine stabilité économique et sociale, à la diminution de l'ampleur et de la durée des mouvements des prix et au maintien d'un équilibre entre les individus.

Toutefois les conséquences favorables des index sont limitées par l'incidence néfaste qu'ils ont sur les mouvements des prix.

Il est certain en effet que l'ensemble des classes sociales ne peuvent pas bénéficier des clauses d'index. Celles-ci ne peuvent s'appliquer qu'à un petit nombre de contrats. Certains groupes sociaux sont exclus du jeu des clauses d'index : l'équilibre social est rompu à leur détriment. Au surplus, l'intervention du législateur diminue en pratique le rôle stabilisateur des index : la législation des loyers en est un exemple.

D'ailleurs, le maintien du pouvoir d'achat présente des inconvénients d'ordre économique. La solution d'une crise suppose souvent une restriction de certains revenus. Une période d'inflation appelle une limitation du pouvoir d'achat. Or le fait de maintenir certains revenus réels à un niveau constant grâce à un index entrave le jeu naturel des

restrictions dont la nécessité est d'autant plus grande que le volume de la production diminue.

En outre, l'emploi généralisé des clauses d'index provoque une hausse des prix.

Pour les entreprises, les index accroissent le coût de production en augmentant leurs charges. Certaines entreprises peuvent avoir des difficultés à supporter cette hausse du coût de production : leur fermeture diminuera d'autant les quantités offertes sur le marché. Le niveau général des prix va s'élever.

Par contre, la clause d'index maintient le pouvoir d'achat de certains individus, elle l'accroît même et provoque ainsi une augmentation de la demande. Une hausse des prix qui n'aurait été que passagère est rendue par le fait des index plus durable et plus ample.

Cette action sur les prix est d'autant plus forte que les clauses d'index suppriment les prix stables. Il existe en effet des prix plus stables que d'autres, qui sont fixés pour une longue durée par des contrats : ces prix résistent au mouvement de hausse ou de baisse. Les loyers, les fermages, les tarifs de certains grands services publics ne suivent qu'avec un retard plus ou moins grand les variations du niveau général des prix. Ils constituent ainsi des éléments retardateurs à une oscillation des prix. Ils en limitent l'amplitude puisque certaines charges demeurent constantes. Avec une clause d'index, au contraire, ces éléments retardateurs disparaissent : même les prix fixés par des contrats de longue durée sont entraînés par les mouvements généraux des prix. Ces derniers subissent à leur tour l'incidence de la hausse des prix individuels. L'action réciproque des prix les uns sur les autres est aggravée par le jeu des clauses d'index.

En définitive, la hausse des prix est rendue plus générale et plus rapide.

Cette hausse des prix est d'autant plus dangereuse qu'elle est sans rapport direct avec les conditions de la production. Les clauses d'index tendent à accroître l'incidence des phénomènes monétaires. En particulier l'échelle mobile des salaires peut créer un désaccord entre le niveau général des salaires et le volume de la production qui a pour conséquence de maintenir des salaires élevés avec une production défailante.

M. Roy (1) a mis ce point en pleine lumière. Après avoir exposé qu'à défaut de progrès dans la technique industrielle ou commerciale l'indice du coût de la vie tendait à se modeler progressivement sur le niveau général des salaires, il remarque : « Si l'usage des échelles mobiles devenait absolument général et si par conséquent le salaire était exclusivement fonction de l'indice du coût de la vie sans qu'il soit fait état des conditions du marché du travail, les deux grandeurs dont il est question, persisteraient continuellement dans leurs mouvements de hausse et de baisse, toute action régulatrice étant supprimée. En période de hausse, le mouvement ascensionnel des divers indices aurait alors tendance à s'accélérer plus rapidement de sorte qu'il ne pourrait prendre fin, si la quantité de monnaie en circulation n'était pas accrue, que par une crise ». Il ajoute que le jeu de l'échelle mobile retarde de la mise en œuvre des restrictions du pouvoir d'achat, restrictions qui peuvent être nécessaires pour conjurer une crise.

Au surplus, l'indice du coût de la vie traduit non seulement les conséquences de la politique monétaire mais

(1) Roy, *Etudes économétriques*, p. 57.

encore les répercussions de phénomènes économiques indépendants de cette politique tels que l'abondance des récoltes, l'importance des extractions minières dans les pays étrangers. En généralisant les indices du coût de la vie, on est amené à établir un niveau des salaires sans rapport avec la production et qui résulte de facteurs économiques et de la politique monétaire.

L'incidence notable que les clauses d'index ont sur les prix a pour effet de modifier dans une certaine mesure la fonction traditionnelle de la monnaie. L'emploi des clauses d'index intéresse certains aspects du problème monétaire.

II

LES CLAUSES D'INDEX ET LA MONNAIE

Les économistes ont fait ressortir les diverses fonctions de la monnaie ; elle est un instrument d'échange, elle sert de mesure de valeur, elle est un moyen d'accumuler et de conserver la richesse.

Pour jouer ce triple rôle, la monnaie doit être stable. On ne saurait concevoir en particulier, qu'un étalon des valeurs soit variable. C'est pourquoi les hommes ont cherché de bonne heure à asseoir la valeur de la monnaie sur une base stable et pour ainsi dire immuable.

L'emploi des monnaies métalliques et notamment des monnaies d'or a permis d'atteindre au moins théoriquement ce but.

En réalité, l'expérience a montré que la monnaie n'était pas stable, que l'étalon des valeurs était variable et que ses variations pouvaient causer un préjudice grave à certains contractants.

Il est un fait que la valeur de la monnaie ne reste pas constante.

Ce qui intéresse l'individu, c'est le pouvoir d'achat de l'unité monétaire ; ce n'est pas le fait qu'elle représente tel ou tel poids d'or ou d'argent. Ce pouvoir d'achat de la monnaie ressort du niveau général des prix : le prix traduit en effet la valeur de la marchandise et la valeur de la monnaie. Si le prix s'élève, la valeur de la marchandise croît et la valeur de la monnaie diminue ; le contraire se produit lorsque le prix s'abaisse.

Lorsque les parties ont déterminé dans un contrat à exécution successive, les prix de certaines prestations ou de certains services, ceux-ci représentent la valeur de la monnaie au moment de la conclusion du contrat. Si la valeur de la monnaie varie, c'est-à-dire si le niveau des prix se modifie, les prix fixés par le contrat, eux, ne varient pas ; mais la somme numérique reçue par le créancier ne représente plus la même valeur, le même pouvoir d'achat.

En introduisant dans leur contrat une cause d'index, les parties entendent se prémunir contre les variations de la valeur de l'unité monétaire. L'index permet théoriquement de conserver la valeur réelle des sommes reçues par la modification de leur montant numérique. Admettre la liaison entre les prix individuels et les prix généraux grâce à un indice, c'est poser comme hypothèse l'instabilité de la monnaie.

Dès lors, la clause d'index diminue le rôle attribué normalement à la monnaie.

Cela apparaît tout particulièrement lorsque l'index traduit les variations du prix d'un seul produit : ce produit se substitue partiellement à la monnaie. Tout revient, en effet, comme si le paiement avait lieu en marchandise, comme si

la jouissance de la ferme était donnée en échange d'une quantité déterminée de froment, comme si le mètre cube de gaz s'échangeait contre un certain poids de charbon. La monnaie n'a plus qu'une fonction secondaire, elle ne mesure plus la valeur, elle intervient pour faciliter l'échange : elle sert au paiement. Ce sont les produits qui s'échangent contre d'autres produits.

Il en est de même lorsque l'index choisi fait ressortir avec plus ou moins de précision, les variations générales des prix. Par le jeu de la clause d'index, la valeur des prestations reste théoriquement constante pendant toute l'exécution du contrat.

Ainsi, l'effet fondamental de la clause d'index est d'éliminer entre les parties contractantes les variations de la valeur de la monnaie. Pour elles, tout se passe comme si cette valeur était demeurée stable. L'index corrige à l'égard des contractants les modifications de la valeur de la monnaie. Ce serait une erreur de croire qu'en faisant figurer dans leurs conventions des clauses d'index, les parties ont voulu rejeter le dogme de la stabilité monétaire. Au contraire, elles manifestent de la sorte leur intention formelle d'échapper aux conséquences des variations de la monnaie, et de maintenir au moyen d'un étalon choisi par elles, la fixité de la valeur des prestations objet du contrat.

Le système de l'index traduit ainsi une méfiance profonde des individus à l'égard de l'Etat. Celui-ci, en effet, joue à l'époque actuelle, un rôle prédominant dans le domaine monétaire. Il se sert de la monnaie ; il en fait l'instrument d'une politique financière, économique et sociale. En agissant sur la monnaie, il peut financer les charges extraordinaires résultant de la guerre, il peut modifier l'équilibre social du pays, il peut ranimer une économie

défaillante. Le jeu de l'index aboutit à réduire la portée et les effets des répercussions de la politique monétaire : il devient une barrière, bien fragile il est vrai, que les contractants dressent pour limiter l'incidence que les phénomènes monétaires peuvent avoir sur leur situation respective.

En théorie, l'emploi très généralisé des index contribuerait à réduire, dans une certaine mesure, le rôle de l'Etat dans le domaine monétaire : il tend en effet à stabiliser le pouvoir d'achat des contractants.

Allant plus loin, certains économistes, et notamment le professeur Irving Fisher, ont cherché les moyens propres à stabiliser le pouvoir d'achat de la monnaie elle-même. En effet les systèmes monétaires classiques, aussi bien que les systèmes de monnaie dirigée, ne réalisent pas une adaptation continue et automatique de la monnaie à la situation économique. C'est le problème de cette adaptation qu'a voulu résoudre le professeur Irving Fisher, en soumettant la monnaie au jeu d'une véritable clause d'index. L'idée fondamentale du système est la suivante : dans les pays à monnaie d'or, l'unité monétaire est une simple unité de poids ; les billets s'échangent contre l'or à un taux donné. Au lieu de choisir un taux stable et fixé une fois pour toutes, on utiliserait un taux variable selon un indice. En d'autres termes, le poids d'or de l'unité monétaire devient variable, il suit en sens inverse les variations de l'indice. L'indice qu'il conviendrait d'employer devrait traduire aussi exactement que possible les variations générales des prix. On définirait ainsi un indice monétaire représentant la valeur réelle de la monnaie.

Le poids d'or de l'unité monétaire diminue si l'indice s'élève, mais sa valeur d'échange ne subit aucune variation.

Les conséquences d'un tel système sont les suivantes : la valeur de la monnaie devient indépendante du métal jaune ; elle est rendue sensiblement constante. L'indice se stabiliserait lui-même à un certain niveau : les mouvements de la monnaie seraient supprimés.

Il faut remarquer toutefois que la fixité de l'indice général des prix ne fait pas obstacle à ce que certains prix individuels subissent des oscillations importantes (1). Au surplus, les variations des prix particuliers sont toujours plus considérables que celles d'un indice monétaire, car ce dernier représente une moyenne.

En réalité, il ne suffit pas d'un changement de l'échelle des mesures pour tout remettre en état et pallier à la variation de la monnaie. Celle-ci résulte de trop de facteurs pour qu'il soit possible d'établir une correction générale des prix.

Le système d'Irving Fisher, qui se traduit en somme par l'application d'une clause d'index à la monnaie, n'a pas été effectivement mis en pratique. Il faut cependant reconnaître qu'il a été à l'origine des régimes monétaires dans lesquels le poids d'or de l'unité monétaire était fixé par le gouvernement en fonction de la situation économique : c'est la théorie de la monnaie flottante.

(1) *Rev. d'Econ. Politique*, 1926, p. 67, article de M. DIVISIA.

CONCLUSION

L'emploi des index, lorsqu'il est limité à certains types de contrat, est non seulement légitime, mais encore utile au point de vue individuel et social.

Mais il importe pour qu'il en soit ainsi, que les contractants s'inspirent des règles suivantes :

1° *Choix de l'index*. — L'index devra traduire autant que possible les variations effectives des charges des contractants. L'index le meilleur sera donc établi en tenant compte de la situation spéciale des parties : il permettra ainsi de maintenir l'équilibre financier du contrat et de conserver l'équivalence des prestations, sans provoquer des profits anormaux.

2° *Mécanisme de la clause*. — La clause d'index ne devra pas être trop sensible. L'expérience montre que les parties ont intérêt à limiter l'incidence de l'index sur le prix. Elles y parviendront de deux façons : d'une part, il faudra prévoir qu'une variation donnée de l'index n'entraînera qu'une variation inférieure du prix ; si l'index varie de 10 %, on conviendra, par exemple, que le prix ne variera que de 6 %. D'autre part, il faudra négliger les petites variations de l'index : si la variation est inférieure à une quantité déterminée, les prix demeureront inchangés.

3° *Révision*. — Le contrat devra prévoir la possibilité d'une révision de l'index. Ce droit de révision pourra s'ouvrir d'abord à l'expiration d'un certain délai ; et ensuite

chaque fois que les variations de l'index atteindront une trop grande amplitude : celle-ci sera de l'ordre de 30 à 40 %. On pourra convenir également de la possibilité d'une résiliation.

Enfin une rédaction claire, une détermination précise des éléments entrant dans la composition de l'index éviteront les contestations ultérieures.

Le respect de ces principes doit permettre une application régulière de la clause sans qu'il y ait lieu de trop craindre la mauvaise volonté du débiteur.

★★

Ainsi limitées quant à leur domaine et quant à leur technique, les clauses d'index sont appelées à prendre un développement certain tant que durera l'instabilité des prix. Mais ce développement suppose que la liberté contractuelle demeure suffisante.

Leur emploi ne signifie pas, quelles qu'en soient les apparences, un déclin du contrat. On a parlé, à leur sujet, d'un contrat d'un type nouveau, d'un « contrat souple » qui serait contraire aux principes traditionnels de notre droit.

Il n'en est rien : les clauses d'index sont contractuelles dans leur nature comme dans leurs effets. Elles obéissent à toutes les règles des contrats. Elles supposent le respect de la parole donnée ; elles postulent la liberté contractuelle.

Bien plus, elles doivent conserver aux conventions librement conclues, le rôle traditionnel qu'elles jouent dans la vie économique et sociale. Les bouleversements profonds qui affectent, à notre époque, l'équilibre des nations, rendent difficile la conclusion des contrats à long terme ; ils déjouent en effet les plus sages prévisions, et détournent les

individus de s'engager les uns aux autres pour une longue période.

Les clauses d'index ont précisément pour objet d'adapter les obligations des parties aux conditions nouvelles de la situation économique. Elles permettent dès lors la conclusion des contrats à long terme, contrats qui sont nécessaires au commerce juridique et qui répondent à des besoins permanents de la vie sociale.

Nées de l'instabilité monétaire, les clauses d'index disparaîtront avec le retour de temps plus calmes. Dans une période troublée, elles traduisent les efforts des individus pour maintenir au contrat sa valeur et sa portée, et pour lui conserver, en dépit des circonstances, une place importante dans les relations humaines.

individus de s'engager les uns aux autres pour une longue période.

Les clauses d'index ont précisément pour objet d'adapter les obligations des parties aux conditions nouvelles de la situation économique. Elles permettent dès lors la conclusion des contrats à long terme, contrats qui sont nécessaires au commerce juridique et qui répondent à des besoins permanents de la vie sociale.

Nées de l'instabilité monétaire, les clauses d'index disparaîtront avec le retour de temps plus calmes. Dans une période troublée, elles traduisent les efforts des individus pour maintenir au contrat sa valeur et sa portée, et pour lui conserver, en dépit des circonstances, une place importante dans les relations humaines.

Vu, le Doyen :

Vu, le Président de la Thèse :

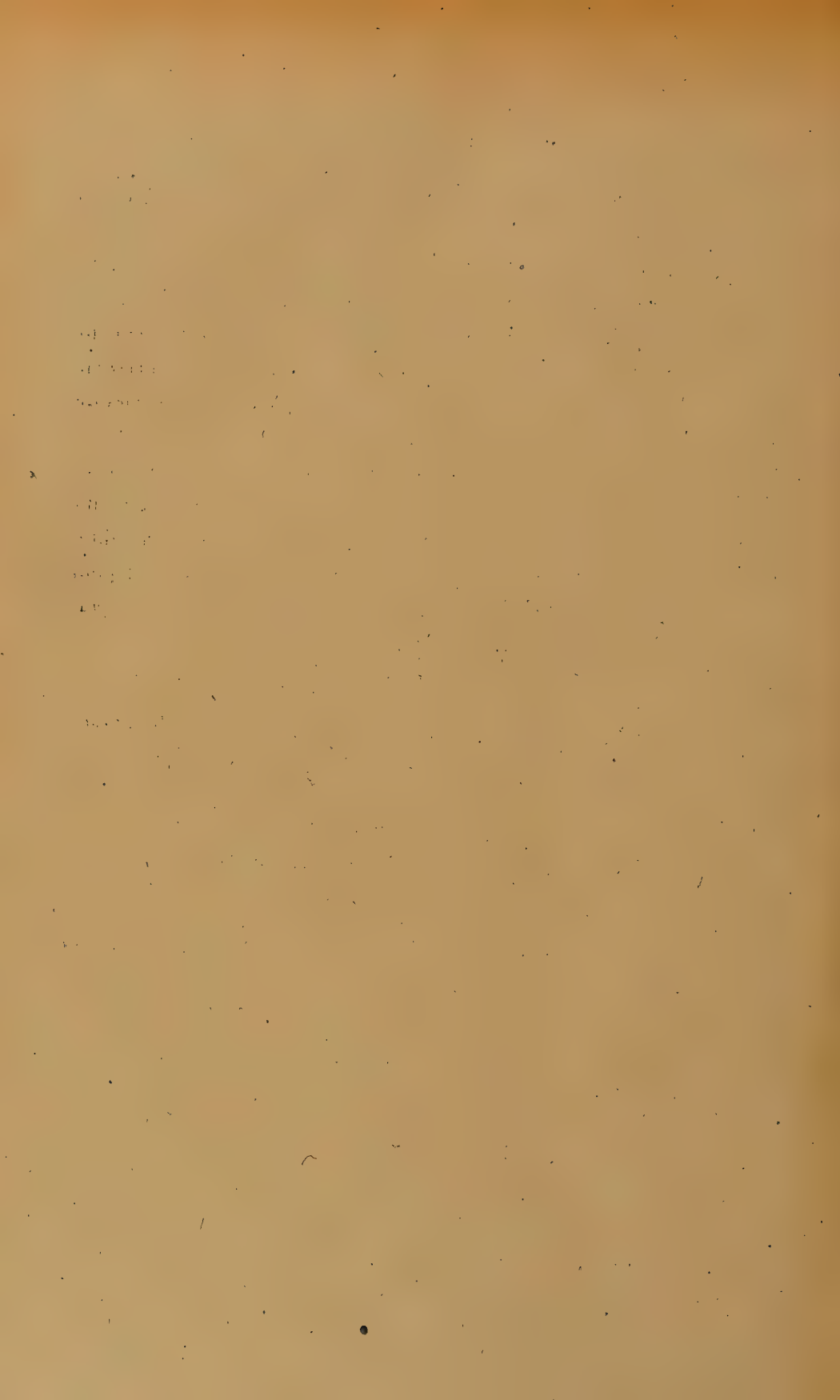
GEORGES RIPERT

ACHILLE MESTRE

VU ET PERMIS D'IMPRIMER

Le Recteur de l'Académie de Paris :

GILBERT GIDEL



BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

HAURIOU. — *Précis de Droit Administratif.*

JÈZE. — *Les contrats administratifs.*

PLANIOL et RIPERT. — *Traité de Droit Civil.*

RIPERT. — *La règle morale dans les obligations civiles*
(1935).

RIPERT. — *Le régime démocratique et le droit civil.*

DEMOGUE. — *Traité des obligations* (1922-1933).

AFTALION. — *Monnaie, prix et changes* (1935).

NOGARO. — *La monnaie et les phénomènes monétaires con-*
temporains.

REBOUD. — *Précis d'Economie politique.*

TRUCHY. — *Cours d'économie politique* (1936).

OUVRAGES SPÉCIAUX

AFTALION. — *Cours de statistique.*

JULIN. — *Précis du cours de statistique générale et*
appliquée.

LEJEUNE. — *Les méthodes de construction des index num-*
ber (1935).

MESTRE et L'HUILLIER. — *L'abaissement des prix de l'éner-*
gie électrique.

MESTRE et JAMES. — *La clause-or en droit français* (1926).

MABILLE DE PONCHEVILLE. — *Essai sur les théories monétaires contemporaines* (1935).

ROY. — *Etudes économétriques. Les index économiques* (1935).

THOMAS. — *L'échelle mobile des salaires* (1939).

THESES

AUVERNY-BENNETOT. — *La théorie de l'imprévision* (Paris, 1938).

MONTAGNE-DUPIC. — *Les clauses de paiement en denrées dans les baux à ferme* (Paris, 1928).

REVUES ET PERIODIQUES

Bulletin de la Statistique Générale de la France.

Revue de Droit Public.

Revue d'Economie Politique.

Revue trimestrielle de Droit Civil.

Revue Politique et Parlementaire.

Journal des Notaires.

Gazette du Palais.

Dalloz.

Sirey.

Lebon.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.

I. <i>Généralités</i>	5
II. <i>Définition des index</i>	9
III. <i>Historique</i>	11
IV. <i>Leur champ d'application</i>	16

Première Partie. — Problèmes juridiques soulevés par les index

21

CHAPITRE I. — LEUR VALIDITÉ

23

I. <i>L'index économique et les principes généraux du droit des contrats</i>	24
II. <i>Les clauses d'index et les clauses-or</i> ..	29
III. <i>Les clauses d'index devant la juris- prudence</i>	36
IV. <i>Les clauses d'index et le législateur</i> ..	48

CHAPITRE II. — LES EFFETS DES CLAUSES D'INDEX ÉCONOMIQUE

53

I. <i>Les effets des index en droit privé</i> ...	54
II. <i>Les effets des index en droit adminis- tratif</i>	73

Deuxième Partie. — La technique des index

101

CHAPITRE I. — THÉORIE GÉNÉRALE DES INDEX

103

CHAPITRE II. — DU CHOIX DE L'INDEX	109
CHAPITRE III. — MÉCANISME DE L'INDEX	119
CHAPITRE IV. — LES APPLICATIONS DES CLAUSES D'INDEX	129
Troisième Partie. — Problèmes économiques sou- levés par les index	141
I. — <i>Les clauses d'index et les prix</i>	148
II. — <i>Les clauses d'index et la monnaie</i> ..	155
CONCLUSION	161

